

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO**

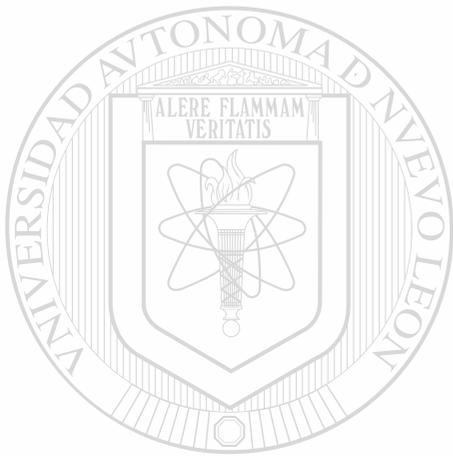
**BASES PARA UN
NUEVO DERECHO PENAL MEXICANO**

Los límites al delito y a la pena

TOMO I

ANTONIO BERCHELMANN ARIZPE

TM
K1
FDYC
2003
.B4
v.1



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

— ÍNDICE TEMÁTICO —

**BASES PARA UN
NUEVO DERECHO PENAL MEXICANO**
Los límites al delito y a la pena

INTRODUCCIÓN
EL SISTEMA PENAL EN MÉXICO

- I. ¿Legalidad o legitimidad?
- II. El Derecho en un estado democrático
- III. El sistema penal en un estado de derecho o democrático
- IV. Los espejismos de justicia y los fines incumplidos del sistema penal
- V. Los factores jurídicos de la crisis del sistema penal
- VI. Las aporías, las falacias y las disfunciones en la jurisprudencia
- VII. Las aporías, las falacias y las disfunciones en la legislación
- VIII. La reforma integral del sistema de justicia penal
- IX. ¿Dogmas o herejías penales?
- X. ¿Hacia un sistema penal autoritario o garantista?

PRIMERA PARTE
LOS LÍMITES SUSTANCIALES A LA POTESTAD DE PUNIR
CAPÍTULO PRIMERO
LAS BASES DE UNA POLÍTICA CRIMINAL GARANTISTA

- I. El modelo de estado y la clase de su política jurídica
- II. Una política criminal garantista en un estado de derecho

CAPÍTULO SEGUNDO
LOS LÍMITES A LA POTESTAD DE PUNIR

- I. Los fundamentos que limitan la potestad de punir
- II. Los fundamentos tradicionales de la potestad de punir:
 - A. La tesis de la retribución
 - B. La tesis de la prevención general
 - C. La tesis de la prevención especial
 - D. La tesis de la adición compensadora.
- III. Los fundamentos modernos de la potestad de punir:
 - A. La tesis funcional de vigencia de la norma del sistema social de convivencia
 - B. La tesis funcional dialéctica
 - C. Las tesis garantista y reductora del poder punitivo

312627

TM
K1
FD40
2003
.B4
V.1



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



**FONDO
TESIS**

IV. La crítica a las tesis tradicionales y modernas de la potestad de punir:

- A. Las objeciones a la tesis de la retribución
- B. Las objeciones a la tesis de la prevención general
- C. Las objeciones a la tesis de la prevención especial
- D. Las objeciones a las tesis de la adición compensadora y del fin de vigencia de la norma en función del sistema social de convivencia
- E. Las objeciones y ventajas de las tesis moderadas:
 - 1. Las críticas y ventajas de la tesis funcional dialéctica
 - 2. Las críticas y ventajas de las tesis garantista y reductora

V. Conclusiones y toma de postura:

- A. Hacia una tesis democrática del Derecho Penal
- B. La fundamentación democrática de un Derecho Penal reductor según las etapas del poder punitivo frente a la persona

**CAPÍTULO TERCERO
LOS LÍMITES SUSTANCIALES PARA CONMINAR PENALMENTE**

I. La grave lesividad a bienes jurídicos

II. El principio de intervención mínima:

- A. El principio de reserva y las conductas inmorales
- B. El principio de reserva según la necesidad social de la pena y su rendimiento. La infracción a reglamentos de policía y a leyes administrativas
- C. La subsidiariedad del Derecho Penal con relación a otras materias del Derecho y el poder sancionatorio de éstas
- D. El principio de reserva y las lesiones más graves a bienes jurídicos esenciales por medio de conductas específicas
- E. El principio de reserva y la gravedad legal de las penas: Función de los principios de culpabilidad, dignidad humana y readaptación social como límites de la punibilidad legal
- F. El principio de reserva, la sistematización de las figuras típicas y la preponderancia de los bienes individuales. Breve alusión a la pena de muerte y a la punibilidad del aborto
- G. El principio de reserva y las conductas en contra del Estado

III. El Derecho Penal Alternativo. (El principio de intervención mínima y las medidas alternativas que procuren la socialización responsable y la paz jurídica-social):

- A. La libertad caucional como alternativa a la detención y la prisión preventiva
- B. El arraigo limitado como medida cautelar alterna a la detención y la prisión preventiva en los delitos de penalidad alternativa
- C. La tercera vía (la reparación del daño y otros medios equivalentes extintivos de la acción penal):
 - 1. El sistema de faltas penales como vía sancionatoria alterna
 - 2. La querrela y el perdón del ofendido como causas que extinguen la acción penal en la perspectiva del principio de intervención mínima
 - 3. La conciliación en ciertos delitos como vía alterna que extingue la acción penal
 - 4. La reparación del daño y el perdón del ofendido en ciertos delitos no graves perseguibles de oficio como medios alternos que extinguen la acción penal
 - 5. La condena condicional y los sustitutivos penales, como medidas alternativas a la prisión
 - 6. Algunas consecuencias concretas del Derecho Penal Alternativo como derivación del principio de intervención mínima
 - 7. Excurso: La reparación del daño y las garantías de víctimas y ofendidos

IV. El principio de reserva y la prevención general

SEGUNDA PARTE LOS LÍMITES FORMALES A LA POTESTAD DE PUNIR

CAPÍTULO CUARTO LEGALIDAD Y LEY PENAL

I. Los límites formales a la facultad de punir

II. No hay delito ni pena sin ley

III. La función garantizadora del principio de legalidad estricta

- A. Evolución y fundamentos adicionales
- B. La función garantizadora del principio de legalidad estricta con relación a la estructura del delito
- C. La función garantizadora formal y material del principio de legalidad estricta: Ley escrita y ley cierta.
(Tipos en blanco y tipos abiertos):

1. La exigencia formal de ley escrita como fuente del Derecho Penal y los tipos en blanco
2. La exigencia material de certeza de la ley penal y los tipos abiertos:
 - a. El postulado de certeza de la ley penal
 - b. La función de la ley penal cierta (tipo penal cerrado)
 - c. La aporía entre el principio de certeza de la ley penal y la realidad legislativa.
¿Cómo reducirla?

IV. La aplicación de la ley penal y su interpretación

- A. La aplicación exacta de la ley penal y la prohibición de la analogía y de la mayoría de razón
- B. La interpretación de la ley penal
 1. Los criterios básicos
 2. La interpretación analógica. Su diferencia con la aplicación analógica
 3. La interpretación analógica en "bonam partem"
 4. Conclusiones

CAPÍTULO QUINTO LOS LÍMITES TEMPORAL, ESPACIAL, COMPETENCIAL Y PERSONAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

I. El ámbito temporal de la ley penal:

- A. Los principios rectores que limitan la aplicación de la ley penal en el tiempo
- B. El lapso para la aplicación de la norma penal y de sus consecuencias
- C. El principio de la norma penal más favorable, cuando se trate de sucesión de normas sustantivas penales
- D. La vía autoritaria de la norma especial para aplicar una ley penal muerta
- E. La sucesión temporal de normas procesales penales
- F. La distinción entre normas sustantiva penales y normas procedimentales o procesales penales para el efecto de la sucesión temporal de leyes
- G. Fijación de postura con relación a cuál norma es aplicable cuando hay sucesión temporal de normas penales y procesales penales: Igualdad de trato.
- H. Las garantías de ley penal vigente e irretroactividad perjudicial de cualquier ley en materia de extradición internacional

II. El ámbito espacial de la ley penal según el lugar de comisión del delito u otras circunstancias

III. Las excepciones al principio de territorialidad de la ley penal

- A. El principio personal
- B. El principio real
- C. El principio universal

IV. Los ámbitos de competencias en el Estado Federal Mexicano que limitan la aplicación de la ley penal

- A. Orden federal y orden común
- B. La diversidad legislativa penal y la política criminal coherente con los principios rectores de un estado de derecho (¿Unificación penal?)

V. El ámbito personal de aplicación de la ley penal

- A. La regla general y el principio de igualdad
- B. La minoría de edad
- C. Los inimputables en virtud de atraso o trastorno mental permanente y los que tengan incapacidad procesal por igual motivo
- D. La inviolabilidad parlamentaria
- E. La inmunidad parlamentaria

TERCERA PARTE

LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL DELITO CONFORME A UN ESTADO DE DERECHO

CAPÍTULO SEXTO

DERECHO PENAL, DOGMÁTICA Y SISTEMAS PENALES

I. Derecho Penal y dogmática penal

II. Estructura e implicaciones de la norma penal

III. Categorías básicas de la dogmática penal en cuanto a la teoría del delito

IV. Un esbozo de las modernas teorías del delito:

- A. El sistema causal-psicológico de Liszt y Bebing
- B. El sistema causal-normativo de Mezger
- C. El sistema final de Welzel
- D. Los sistemas funcionales de prevención positiva de Roxin y Jakobs
- E. El sistema funcional reductor de Zaffaroni

V. La propuesta de un sistema dogmático de Derecho Penal democrático en México

VI. Las fortalezas y debilidades del sistema dogmático del delito

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA CONDUCTA COMO LÍMITE A LA CONCEPCIÓN DEL DELITO

I. No hay delito sin conducta

II. Consideraciones generales y terminología

III. Los elementos de la conducta que puede ser penalmente relevante

- A. La condición objetiva: El carácter externo de la acción u omisión
- B. La condición subjetiva: La voluntad

IV. La conducta ciega

V. La conducta vidente

VI. La conducta con comprensión de su significado social

VII. Mi opinión sobre la conducta penalmente relevante conforme al Derecho Penal Mexicano y los límites de un estado de derecho

- A. Las premisas ónticas del finalismo acerca de la conducta y su adecuación a un concepto jurídico de la misma en un Derecho Penal democrático
- B. La función legítima del concepto final-valorativo de acción como reductor del poder punitivo del Estado
- C. Conclusiones acerca de la conducta que puede ser penalmente relevante

VIII. Los delitos de olvido, otros casos marginales y las conductas libres en su causa

IX. La ausencia de conducta:

- A. La fuerza física irresistible y el hecho de la naturaleza. (Elementos)
- B. Los arrebatos internos aparejan una conducta voluntaria
- C. La vis compulsiva implica una conducta voluntaria no libre
- D. Otras consecuencias sistemáticas de la falta de acción

CAPÍTULO OCTAVO LOS FUNDAMENTOS Y LÍMITES DEL TIPO PENAL

I. No hay delito sin tipo penal ni lesión

II. El bien jurídico como presupuesto —no elemento— del tipo penal

III. La función del tipo penal como concretizador de lo antijurídico

CAPÍTULO NOVENO TIPO PENAL Y SUS ELEMENTOS, CUERPO DEL DELITO, RESPONSABILIDAD PENAL Y SU CAUSA PROBABLE

I. Tipo penal, tipicidad y figura típica

II. Los elementos del tipo penal

III. Los elementos del tipo penal no se crean ni se reducen por decreto, mas por seguridad jurídica la ley si debe precisar los que son

IV. Clasificación de los elementos del tipo penal

- A. Los elementos materiales o descriptivos del tipo penal
- B. Los elementos normativos del tipo penal
- C. Los elementos subjetivos del tipo penal

V. Los elementos del tipo penal con relación al cuerpo del delito y la responsabilidad penal, como categorías procesales en México

- A. La Iniciativa de Reforma y los dictámenes del Congreso de la Unión acerca de las reformas a los artículos 16 y 19 C. de 1997-99
- B. Importancia del dictamen del Congreso del Estado de Coahuila como parte del Constituyente Permanente, acerca de las reformas a los artículos 16 y 19 C. de 1997-99

1. El contenido conceptual del cuerpo del delito (qué es cuerpo del delito) y de la responsabilidad penal (qué es responsabilidad penal) y su necesaria congruencia con el contenido conceptual del delito
 2. El contenido conceptual de la causa probable de la responsabilidad penal
- A. La regulación en el CFPP, el CPPDF y el CPPC, del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad penal
1. Respecto del cuerpo del delito
 2. Respecto a la probable responsabilidad penal
- B. Reflexiones críticas y propuestas acerca de la regulación vigente en el CFPP, el CPPDF y el CPPC con relación al cuerpo del delito y la «causa probable» de responsabilidad penal
1. Con relación al cuerpo del delito
 2. Con relación a la causa probable de responsabilidad penal

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS LÍMITES AL TIPO PENAL OBJETIVO

- I. Los límites al tipo penal que imponen el método para su análisis
 - II. La conducta específica en su manifestación material u objetiva como elemento del tipo penal
 - III. Las calidades del sujeto activo y/o pasivo como elementos objetivos —descriptivos o normativos— del tipo penal
 - IV. El objeto material
 - V. Los medios utilizados, los elementos normativos específicos y otras circunstancias objetivas de la figura típica penal
 - VI. Las modalidades —agravantes o atenuantes— como elementos del tipo penal
-
- VII. El resultado material, el nexo causal y la imputación objetiva a la acción u omisión, como elementos y límites al tipo penal objetivo
- A. Los delitos de resultado y los delitos de simple conducta
 - B. El nexo causal en los delitos de resultado y su imputación objetiva o jurídica a la conducta:
 1. La tesis de la equivalencia de las condiciones
 2. Referencia especial a la relevancia típico-penal de la “omisión” en los delitos impropios de resultado por omisión (comisión por omisión)
 3. La crítica a la teoría de la equivalencia de las condiciones y los filtros (límites) que se le imponen por tales motivos
 4. Los filtros (límites) del dominio del hecho o causalidad adecuada al caso concreto y de la imputación objetiva
 5. El filtro de la causalidad adecuada al caso concreto (postura finalista)
 6. Los nuevos filtros (límites) derivados de las teorías de la imputación objetiva o jurídica (postura funcionalista)
 7. El ajuste de la teoría de la imputación objetiva al Derecho mexicano orientado a un estado de derecho y sus consecuencias:
 - a. El ajuste de la teoría de la imputación objetiva al Derecho Mexicano
 - b. Las consecuencias y los límites al poder punitivo que se derivan de la tesis de la imputación jurídica del resultado a la conducta típica

VIII. El daño o peligro (lesivos significativamente) al bien jurídico como elementos del tipo penal

- A. Los bienes jurídicos cuya lesión se prevé en los tipos penales
- B. La imposibilidad de lesividad jurídica por inexistencia del titular del bien o por inexistencia del daño o peligro
- C. La lesión jurídica como elemento común del tipo penal y del injusto
- D. La falta de lesión jurídica por consentimiento válido como causa de atipicidad
- E. Las condiciones para que el consentimiento sea eficaz y opere como causa de atipicidad
- F. La insignificancia de la lesión como causa de atipicidad

**CAPÍTULO UNDÉCIMO
LOS LÍMITES AL TIPO PENAL:
EL DOLO (TIPO PENAL SUBJETIVO) COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL**

I. Las bases jurídicas acerca del dolo, su evolución y sus implicaciones en el Derecho Penal Mexicano

II. Los elementos del dolo

IV. Dolo directo, dolo eventual, dolo múltiple y dolo alternativo

III. El dolo respecto a los elementos normativos del tipo penal (mención especial)

V. Los elementos subjetivos específicos del tipo penal

VI. La prueba del dolo y de los elementos subjetivos específicos

VII. El error de tipo como excluyente del dolo:

- A. La concepción del error de tipo y su tratamiento en el CPF, el CPDF y el CPC
- B. La invencibilidad y la vencibilidad del error de tipo
- C. La ignorancia y el error en el error de tipo y su diferencia con el error de prohibición
- D. Los presupuestos para examinar el error
- E. El error sobre la naturaleza de la acción u omisión
- F. El error sobre otros elementos descritos en la figura típica o circunstancias típicas que se conecten a ella:

1. El error sobre la calidad del sujeto activo o pasivo

2. El error sobre el objeto material

3. El error sobre el curso causal en un tipo penal de resultado. (Error en el golpe)

a. El error en el golpe con resultado equivalente

b. El error en el golpe con resultado inequivalente esencial para excluir el dolo

4. El error en el resultado:

a. El error en el resultado mayor al querido

b. El error irrelevante con un resultado menor al querido (delito en grado de tentativa)

c. El error con pluralidad de resultados típicos

5. El error sobre los medios utilizados o acerca del modo

6. El error sobre las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión

7. El error respecto a las modalidades y complementos de la figura típica penal

8. El error sobre los elementos normativos de la figura típica:

a. La postura que aquí se mantiene

b. Otras posturas con relación al error sobre los elementos normativos del tipo penal y crítica a esas posturas

c. Conclusiones respecto a las diversas posturas del dolo y el error con relación a los elementos normativos del tipo penal

CAPÍTULO DUODÉCIMO LOS LÍMITES AL TIPO PENAL CULPOSO

- I. Las normas que regulan el tipo penal culposo
- II. La conducta y el resultado en el tipo penal culposo
- III. Las bases para el examen del tipo culposo
- IV. Los indicadores *normativos* de la conducta típica culposa:
 - A. La violación de un deber de cuidado.
 - B. El carácter conducente de deber de cuidado cuya violación se cuestione
 - C. La previsibilidad del resultado típico que se produce
 - D. La distinción entre la previsibilidad como indicador del tipo penal culposo y la previsibilidad como indicador de la culpabilidad
 - E. La infracción al deber de cuidado como causa del resultado
- V. Conclusiones

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO LOS LÍMITES A LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN EN LA REALIZACIÓN DEL TIPO

- I. Las formas de intervención como elementos del tipo penal
- II. Las formas de intervención como condición causal y sus primeros límites ontológicos y de legalidad
- III. Las autorías:
 - A. Los autores en el CPF, el CPDF y en el CPC
 - B. La idea de las "autorías" a través de la tesis del dominio del hecho
 - B. La autoría material o directa, como autoría única
 - C. La autoría mediata dolosa
 - D. Las coautorías:
 - 1. La coautoría material o directa
 - 2. La coautoría tumultuaria concertada
 - 3. La coautoría por co-dominio funcional
- IV. Los partícipes no autores (coparticipación):
 - A. La inducción y la complicidad previa o simultánea
 - B. Los requisitos comunes de la inducción y la complicidad:
 - 1. El carácter accesorio de la inducción y de la complicidad a la realización del tipo por el autor
 - 2. La confluencia de voluntades y la concreción de la respectiva forma legal de intervención con relevancia causal
 - C. Los requisitos de la inducción
 - D. Los requisitos de la complicidad
 - E. Las acciones neutrales en la complicidad
 - 1. La postura de la teoría de la imputación objetiva en materia de complicidad a través de acciones neutrales
 - 2. Las ventajas e insuficiencias de la teoría de la imputación objetiva para resolver la complicidad tratándose de ayuda o auxilio que sean neutrales y la necesidad de acudir al dolo del cómplice
 - F. La complicidad subsecuente

V. Las formas complejas de intervención:

- A. La autoría indeterminada.
- B. La intervención en delito emergente

VI. Las formas de intervención culposa distintas a la del autor material culposo e intervención culposa en un delito doloso:

- A. La autoría mediata y la inducción culposas del CPC
- B. ¿Cabe la intervención culposa en delito de autor doloso? ¿Cabe la intervención culposa más allá de quien o quienes realizan la última acción culposa?: La prohibición de regreso

VII. La comunicabilidad en las formas de intervención

VIII. El error en las formas de intervención como excluyente de la conducta típica penal

**CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO
LOS LÍMITES A LA TENTATIVA PUNIBLE**

I. El tipo penal de tentativa y el delito en grado de tentativa

II. Los elementos típicos de la tentativa punible

III. La univocidad, el dolo y la idoneidad de la conducta como elementos del proceso ejecutivo en la tentativa punible

IV. Las tentativas aparentes y el delito imposible

V. El elemento negativo de la tentativa

V. El desistimiento y el arrepentimiento en la tentativa

**CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO
LA ANTIJURIDICIDAD COMO LÍMITE A LA CONCEPCIÓN DEL DELITO**

I. La antijuridicidad, el injusto y la unidad del orden jurídico

II. Las normas que son objeto de contradicción en el injusto y su infracción en la culpabilidad

III. Desvalor de la acción y desvalor del resultado

IV. La antijuridicidad material y la antijuridicidad formal en el injusto

V. La relevancia de la conducta típica en el injusto

VI. La crítica a los elementos subjetivos en las causas de justificación y a la tesis de que el error acerca de sus circunstancias fácticas es causa de atipicidad

VII. La necesidad de la valoración ex-ante de las causas de justificación

VIII. La función sistemática del injusto y de su ausencia respecto al delito: las causas de justificación y su fundamentación general

IX. El cumplimiento de un deber

- A. La naturaleza del deber
- B. ¿Es el cumplimiento del deber excluyente de tipicidad o de antijuridicidad?
- C. La llamada "colisión de deberes"
- D. La necesidad del medio para cumplir el deber

X. La legítima defensa

- A. Fundamentos de la legítima defensa
- B. Los presupuestos de la legítima defensa:
 1. Los bienes jurídicos susceptibles de legítima defensa e individualización de la agresión
 2. El origen conductual de la agresión
 3. La naturaleza de la agresión
 4. El carácter antijurídico de la agresión
 5. El carácter "actual" o "inminente" de la agresión
- C. Las condiciones de la acción de defensa para que sea legítima:
 1. La necesidad de la defensa
 2. La racionalidad de los medios empleados en la defensa
- D. La legítima defensa privilegiada

XI. El estado de necesidad

- A. El estado de necesidad justificante e inculpable
- B. Las condiciones del estado de necesidad
- C. El valor de los bienes en conflicto

XII. El ejercicio de un derecho y la práctica de un deporte

XIII. El consentimiento presunto

XIV. El exceso en la conducta justificante

**CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO
LA CULPABILIDAD COMO LÍMITE A LA CONCEPCIÓN DEL DELITO**

I. La evolución de la culpabilidad en México

II. La fundamentación de la culpabilidad

III. La presunción de inocencia como deber de probar que se conocía la ilicitud o las condiciones razonables por las que se pudo conocer aquella y actuar conforme a la norma

IV. El presupuesto y los dos componentes de la culpabilidad

V. La capacidad de culpabilidad: Imputabilidad

VI. La conciencia del injusto penal

- A. El tiempo de la conciencia del injusto
- B. El objeto de la conciencia del injusto
- C. Los presupuestos de la conciencia del injusto penal
 1. Los errores que inciden en circunstancias fácticas que habrían dado pie a una causa de justificación (casas putativas de justificación)
 2. Los errores de prohibición invencibles sobre el alcance de la norma (que sin versar sobre las circunstancias de hecho que habrían dado pie a una causa de justificación, inciden sobre el carácter ilícito o penalmente ilícito de la conducta)
- D. Los grados de la conciencia del injusto
- E. El conocimiento de la trascendencia penal de la conducta
- F. Los parámetros para decidir la conciencia del injusto
- G. Los modos de la conciencia de lo injusto: La conciencia directa y eventual

VII. La exigibilidad-responsabilidad y las causas que la excluyen

A. Las causas de inexigibilidad de otra conducta.

1. El estado de necesidad y el temor fundado disculpantes
2. El error acerca del estado de necesidad y el temor fundado disculpantes
3. Otras causas de inexigibilidad (referencia especial a la objeción de conciencia)

B. Las causas disculpantes por excusa absolutoria que hace racionalmente innecesaria la pena.

VIII. Consideraciones finales respecto de la culpabilidad

**CUARTA PARTE
LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN Y A LA EJECUCIÓN DE PENAS**

**CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO
LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LA PENA**

I. La culpabilidad como fundamento y límite de la pena

II. La peligrosidad social o la culpabilidad de autor y la medición de la pena

III. Los criterios y los límites básicos en la medición de la pena de prisión

IV. Los fines constitucionales de la pena y las penas alternativas (sustitutivos penales)

V. La readaptación social como fin del sistema penal

**CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO
LOS LÍMITES A LA EJECUCIÓN DE LA PENA**

I. La readaptación social y la ejecución de la pena

II. El entendimiento erróneo de la readaptación social

III. Los límites a la ejecución de las penas

**QUINTA PARTE
CONCLUSIONES Y EPÍLOGO**

I. Recuento

II. La vinculación de la política criminal con la fundamentación del delito y de las penas en un estado de derecho

III. Los límites sustanciales de las conminaciones penales, de la aplicación y de la ejecución de las penas en el Derecho Penal Mexicano

IV. El autoritarismo y la disfuncionalidad en el Derecho Penal Mexicano

V. Hacia un Derecho Penal Mexicano garantista

VI. Las insuficiencias y los retrocesos en el Derecho Penal Mexicano de fin de siglo

VII. El sistema penal mexicano en el siglo XXI

VIII. Epílogo

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

EL SISTEMA PENAL EN MÉXICO

— I —

¿Legalidad o legitimidad?

Durante los últimos dieciocho años del siglo XX y los primeros de esta centuria se reformó sustancialmente la legislación penal y procesal penal mexicanas. Las reformas se iniciaron en el Código Penal Federal¹ y el Código Federal de Procedimientos Penales —vigentes en la República Mexicana desde 1931 y 1941— y alcanzaron hasta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por su parte, dos nuevos códigos —entre otros— iniciaron su vigencia el 1° de octubre de 1999 en el Estado de Coahuila: El código penal y el código de procedimientos penales. Y por último, el 16 de julio de 2002 se publicó el nuevo Código Penal del Distrito Federal, en vigor a partir del 13 de noviembre de 2002.

¿En qué medida esas reformas y esos nuevos códigos se orientan hacia el estado de derecho que tanto se proclama por las autoridades del Estado Mexicano? ¿Cuál fue durante el siglo XX y cuál es ahora la validez de la legislación penal con relación a las garantías que se enmarcan en la Constitución Mexicana? ¿Hacia dónde tiende el Derecho Penal como reductor racional del ejercicio de las potestades punitivas del Estado Mexicano y del Coahuilense? Las reformas penales que se dieron en esos órdenes durante las dos últimas décadas abren un terreno fértil para dar parte de las respuestas. Y ellas se completan con la legislación y los criterios judiciales que prevalecieron durante el siglo que terminó y los que surgen en los primeros años del que se inicia. Para saber, en suma, ¿cuál es el saldo jurídico del sistema penal mexicano en el siglo XX? y según él ver ¿en qué dimensión se ha cumplido en el sistema penal con la aspiración de un estado de derecho? Lo que, además, nos puede ayudar a reflexionar si en el siglo actual se va en una dirección correcta, errónea o si simplemente no hay una orientación precisa. Es decir, si las reformas penales redujeron o ampliaron la distancia entre la validez formal y la validez sustancial de sus normas o bien el curso es errático. Si es que hemos de entender que México aspira al modelo ideal del estado de derecho. Porque el orden normativo es soporte y cauce para la acción de gobierno en todo Estado. En él descansa el poder público; el ejercicio de sus atribuciones. Y de él se sirve para orientar su sentido y propiciar el sano desarrollo en el grupo social que se gobierna. Ello es válido tan en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, como en los ámbitos federal, estatal y municipal. Pues los actos de gobierno son arbitrarios sin leyes que los sustenten y más aún, cuando esos actos inciden de manera directa en la libertad de las personas. Más todavía cuando los motiva la grave afectación de otros bienes jurídicos de igual o mayor valor.

Más así como es injusto el acto de autoridad sin una ley que lo faculte; también lo es —al menos en un estado de derecho o democrático— el que se basa en pautas jurídicas que al regular las conductas del ser humano desechan su naturaleza y los derechos que le son inherentes; al igual que lo son las máximas que olvidan las garantías y que omiten los actos benéficos necesarios para desarrollar esos derechos, defenderlos y hacerlos

¹ A lo largo de este trabajo emplearé la expresión *Código Penal Federal* y sus siglas CPF para aludir indistintamente al código vigente con ese nombre, como a su predecesor el *Código Penal del Distrito Federal aplicable en toda la república en materia federal*.

respetar. En ese sentido los axiomas en que se funden los actos de gobierno pueden ser legales y, sin embargo, ilegítimos. De aquí que además de la legalidad del acto de gobierno se deba buscar su legitimidad.

No se trata entonces de legalidad o legitimidad, sino de *legalidad y legitimidad*.

Ése paradigma es válido. En tanto la legitimidad del Derecho depende de la intrínseca sujeción de sus mandatos a los postulados de un estado de derecho y, por lo tanto, a los derechos fundamentales del ser humano que ese Estado reconoce, enlazándolos con los actos de gobierno que sean benéficos para la comunidad. El Derecho positivo se puede ajustar en su producción a las fuentes formales democráticas para su expedición y ser un Derecho formalmente válido. Y, sin embargo, ese mismo Derecho positivo puede ser contrario a los derechos o garantías personales o sociales que un estado democrático consagre en su Constitución y ser un Derecho sustancialmente arbitrario. El Derecho ha de ser un orden legítimo formal y sustancialmente. Ésta doble sujeción del Derecho no se impone sólo por la vía del derecho natural, sino, además, por el camino que recorren las Constituciones que acogen en su seno a los ideales de un estado de derecho. Porque entonces la ley positiva ha de ser formalmente válida en cuanto nazca de sus mecanismos formales de producción democrática —que se ajusten a iguales medios democráticos que la misma Constitución prevé para su realización—. Y, además, la ley —y más aún el Derecho que se forme con relación a ella— deben ser sustancialmente valiosos, al coincidir —o al menos pretender a ello— con los derechos fundamentales del ser humano y de la sociedad que se plasman en la misma Constitución. Y, por lo tanto, que se arreglan y orientan a la efectividad y protección de los derechos sustanciales —individuales y sociales— que se recogen en la carta fundamental.

Derechos sustanciales y garantías de rango constitucional que ya no están sujetos a que se les pueda desconocer o violar por virtud de la decisión de la mayoría que se pudiera dar en los cauces democráticos formales de generación de la ley, de su interpretación o en su aplicación. Porque una vez que los derechos sustanciales se constitucionalizan quedan fuera de lo que se puede decidir o no decidir en su contra. Esos cánones fundamentales son —como dice Ferrajoli—:

(...) vínculos sustanciales «negativos» generados por la garantía de libertad que ninguna mayoría puede violar; y vínculos «positivos» generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o decidir la no-satisfacción de un derecho social.²

— II —

El Derecho en un estado democrático

El que haya un orden jurídico legítimo depende en mucho de la concepción que se tenga del Derecho en un Estado. O al menos la que de él se goce en un Estado democrático. Para el que la democracia signifique algo más que la voluntad de la mayoría y la forma de elegir a sus gobernantes. Para el que la democracia simbolice una forma permanente de gobernar que reconozca la esencia del ser humano y el imperativo de organizar eficazmente los actos de gobierno con respeto y a favor de los bienes jurídicos de aquél. Es decir, de su vida y

² Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, p. 24.

de su salud, de su libertad y de su naturaleza como persona, de su dignidad y de su patrimonio, así como de las prestaciones sociales necesarias para su desenvolvimiento en la comunidad. En virtud de lo cual instrumenta las garantías para que se proteja a esos bienes y se les pueda defender. A la vez que implementa los mecanismos que permitan corregir oportunamente las desviaciones que se puedan cometer en perjuicio de ellos.

Ello es así, porque el sistema democrático parte del ser humano como su razón de ser. Pues si la democracia misma se cimienta en el derecho humano de elegir y la facultad de optar surge del derecho que tiene toda persona a ser libre y, por lo tanto, responsable, el estado debe entonces buscar en ese marco lo que sea benéfico para que las personas vivan libres, como seres dignos y responsables en la sociedad. La democracia que así se conciba será —en palabras del artículo 3° C—:

“Un sistema jurídico, político y de vida que se funda en el mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.”

Donde también la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 39 dispone que: *“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo”*. Y, además, que: *“Todo poder público dimana del pueblo”* y se instituye para beneficio de éste”.³ Donde el artículo 40 establece igualmente que: *“Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, «democrática», federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida «según los principios de esta ley fundamental»”*.⁴ El Estado que se apoye en esas bases será un Estado que se auto-limita en su poder para orientarlo en favor del grupo humano que gobierna.

De aquí que un Estado democrático deba crear al Derecho de acuerdo con aquellas premisas: Como conjunto normativo que observe los derechos esenciales de las personas y que se organice en su servicio y no para servirse de ellas. Como orden jurídico que contemple acciones que respeten al ser humano y beneficien a la sociedad, en vez de que desconozca sus derechos y menos que atente contra ellos. El Estado democrático es un Estado en el que el Derecho se estructura como un conjunto de normas que surgen de reconocer a los derechos humanos y procura que se desenvuelvan como tales en la sociedad para lograr el bien común; a la par que diseña las prestaciones sociales y de gobierno necesarias para que se disfrute de esos derechos y se logre su desarrollo con paz social. Por ende, un Estado en el que el Derecho se organiza con reglas benéficas que reconocen a esos derechos, al igual que al tutelar como bienes jurídicos las situaciones en las que aquellos derechos se disfrutaban, limite la intervención del poder punitivo sólo para cuando se lesione aquellos bienes en forma especialmente grave y de ahí instrumente los preceptos conducentes para que se les respete y se les permita su mejora.

Por otro lado, con base en esos postulados y sin abandono de la técnica, es imperativo que se busque la eficacia de los mandatos jurídicos, al igual que se procure la claridad y sencillez posible de sus contenidos. Ello es también exigencia de seguridad jurídica. Da certeza a las personas, propicia la sana interpretación judicial y su desarrollo, hace confiable la garantía constitucional de la correcta y exacta aplicación de la ley y conduce a

³ Los corchetes, naturalmente, son míos.

⁴ Ídem.

una justicia uniforme. Mas sin olvidar que la eficacia de la ley de por sí no consigue la justicia ni mucho menos un orden social justo, ni éste lo logran tan solo la claridad y sencillez posible de los preceptos de la ley. Porque la protección y el disfrute de los bienes jurídicos de las personas y de la sociedad —así como la misma justicia y el bien común— sólo son posibles si es que a los derechos individuales es a los que se les reconoce y protege en forma clara y eficaz. Expresado de otro modo: El disfrute de los derechos humanos es realmente viable solo cuando en las mismas leyes y en su aplicación se les reconozca y se les respete y, además, cuando ellas dan medios por los que se les haga valer, se les defienda y se eviten o corrijan con oportunidad los abusos que se cometan en su perjuicio. Todo ello es condición indispensable si se aspira orientar la política del Derecho hacia la de un estado democrático. En todo estado bueno que anhele una real justicia y el bien común. Una justicia con respeto a los derechos humanos, beneficio y paz social.

— III —

El sistema penal en un estado de derecho o democrático

De esas concepciones no se escapa el «sistema penal»⁶ de un Estado que establezca a la democracia como una decisión fundamental. En la que a la democracia se le vea como una vía que va más allá de los medios por los que se elige a las autoridades y —de acuerdo con aquellos— se procede formalmente a dar cauce a los actos de un régimen. Sino la cual, además, alcanza al contenido que deben asumir los actos de gobierno en favor del pueblo. Y por ello, reconoce el imperativo de ceñir esos actos a normas que respeten y hagan respetar a los derechos de las personas y sean benéficas para la sociedad. Más aún, cuando de todas las materias del Derecho las pautas del orden penal son las que de manera más directa se ocupan de regular y sancionar del modo más enérgico las conductas del ser humano. Por lo que si el Derecho Penal, el Procesal Penal y el Ejecutivo Penal como limitadores racionales del sistema penal se han de destacar por el acato que muestren sus normas jurídicas a la esencia de las personas al regular y punir sus conductas y porque a la vez aquellos se dirigen a beneficiar y proteger a la sociedad, resulta claro entonces que se deban armonizar esos dos pivotes: personas y sociedad. Pues es falsa la tesis que plantea la disyuntiva de escoger entre la lucha contra la impunidad o el hacer efectivo el disfrute de los derechos y las garantías de las personas. Ya que no se puede disfrutar esos derechos, sin seguridad ni justicia. Como tampoco puede haber seguridad de los ciudadanos y justicia sin garantías ni respeto a los derechos humanos. El renunciar a uno de esos postulados implica dimitir de todos. Y cualquiera de esas alternativas es inadmisibles.

La comprensión contextual de los derechos humanos y las garantías constitucionales en materia penal —sustantiva, procesal y ejecutiva— permite descubrir que en la misma carta fundamental del país existe el legítimo interés de las personas y de la sociedad para que se combata a fondo, de manera permanente y eficaz a la delincuencia y a las causas de impunidad. Y el que ello sólo se puede lograr si se busca la verdad y se procuran la justicia y la paz jurídica y social con respeto a los derechos humanos y a las garantías

⁶ La alocución «sistema penal» la acuñó Zaffaroni en el Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre los sistemas penales y derechos humanos en América Latina; en 1964. En palabras del ilustre argentino, por aquél se entiende al «control social punitivo institucionalizado». Raul E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1964, pp. 7 a 10. Desde entonces esa expresión se generalizó entre juristas y criminólogos críticos. Ver, por ejemplo, a Emiro Sandoval Huertas, *Sistema Penal y criminología crítica*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, pp. 5 y ss.; y —sin aludir expresamente a su concepto, pero implicándolo— a Sergio García Ramírez, *El sistema penal mexicano*, primera edición, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., México, 1993, pp. 7 y ss.

individuales. Dicho en otras palabras, el reconocimiento constitucional del interés que tiene la sociedad de que se sancione a los responsables de los delitos y se proteja a las víctimas, corre a la par con la aceptación constitucional del derecho que tienen las personas a un orden penal que se organice eficazmente con atención a la esencia del ser humano y sus derechos fundamentales y en beneficio de la sociedad. Por lo tanto, así como se debe dotar al Estado de los medios necesarios para la consecución de sus medidas más severas, ello debe hacerse en un debido equilibrio con las garantías que tiene todo individuo —y por lo tanto todas las personas— a un sistema penal respetuoso de los derechos humanos y al debido proceso penal. Y el cual se integre a la vez en un plan eficaz que funcione en beneficio de la sociedad y de sus componentes. También para que al mismo orden penal tradicional se le contemple como el último recurso. Y el que en tal tesitura, cuando se trate de delitos leves ceda a alternativas distintas a sus vías usuales y a sus sanciones más drásticas si acaso ello es suficiente para hacer justicia sencilla, pronta y bastante para lograr la paz jurídica-social y la integración responsable del inculpaado en la sociedad.

Todo ello aparece el deber que tiene el Estado de brindar a la sociedad soluciones de fines y de medios. Y no sólo de fines ni sólo de medios. Sino de de vías y soluciones que sean coherentes con normas sustancialmente válidas, que se apoyen en los ideales de un estado de derecho a los cuales se acoge nuestra Constitución. Y la necesidad de que se evite confundir a los últimos con los primeros. Pues así como la ley penal se debe reservar para las más importantes lesiones ofensivas a los bienes jurídicos que se den a través de las conductas prohibidas que las ocasionen —y sólo si otras medidas menos severas no son plausibles o son insuficientes—. También se debe recordar que el debido proceso penal no es un fin. Es solo un medio y un recurso extremo. Es un expediente al que el Estado acude —o sólo debería acudir— en los casos que ello fuese indispensable para lograr los fines de la pena. Y, además, porque al iniciar el proceso penal ya quepa esperar con base racional y suficiente de verdad que habrá motivos para establecerla y se condene a la persona inculpada, a efecto de que se le impongan penas humanamente justas que procuren su socialización responsable.

El fin no es pues iniciar procesos penales. Éstos son sólo un medio con el que se busca —con base en la verdad y en el respeto a las garantías debidas— que se cumplan los fines del Derecho Penal. Sendas a las que se debe acudir cuando ya no haya otras vías para observar aquellos fines y sea necesario ceder a la pretensión de una pena de prisión. Sanción cuyo límite máximo sea hasta la medida de la culpabilidad personal; e incluso en menor entidad a aquella medida si con ello basta para conseguir la paz y lograr los fines constitucionales asignados al sistema penal. Por ello, también vale meditar en modificar sustancialmente el tradicional proceso penal, para ajustarlo realmente a los límites y directrices que impone la carta fundamental. Y a los que en gran medida se les trastoca y se les pasa por alto en la legislación procesal penal. Y porque también la pena entendida como mera consecuencia jurídica de un juicio de reproche por la conducta culpable no es en sí el fin del sistema penal. El sistema penal no se agota ni se redime en sí con la pena así pensada. Como asimismo el sistema penal tiene una misión de más amplios vuelos que la de sostener la fuerza del Derecho o afirmar la confianza en la vigencia de la norma. O que la del mero castigo o —en una concepción más noble pero aun muy parva— la de hacer Justicia por la culpabilidad. El fin del sistema penal —en un

amplio sentido— es —o debiera ser— el de promover la convivencia responsable de las personas libres en sociedad. Tal es el sentido plausible de la readaptación penal como fin del sistema penal que prevé el artículo 18 C.

De aquí que por igual importe que se reflexione en otras concepciones, vías y medidas alternas al pensamiento acostumbrado del orden jurídico-penal imperante en México, tanto sustantivo como procesal y ejecutivo. Y las cuales confirmen a la carta fundamental en su espíritu democrático. Las que por un lado permitan consumir aquel fin de manera justa, en forma pronta, expedita y de modo suficiente para lograr la paz social. Y por el otro, sin que aquellas ideas y vías contraríen los derechos y las garantías de las personas. Hay que pensar, pues, tan en contener a la punibilidad irracional en condiciones que miren tan a las conductas humanas prohibidas penalmente en islas pequeñas que delimiten su ámbito de prohibición en los tipos penales, dentro del gran mar de nuestro amplio derecho constitucional de libertad general de acción; como vean por igual la culpabilidad de la persona y la necesidad social y funcional de la pena según la responsabilidad personal en el caso concreto. Pero que, además, volteen hacia un Derecho Penal Alternativo. Hacia un Derecho de Readaptación Social. Sus raíces ya están en nuestro Derecho y se alimentan del apotegma de la socialización responsable cuya savia mana del artículo 18 C. cuando éste le asigna su misión al sistema penal.⁶ El destino del Derecho Penal en un amplio sentido es pues el de reducir las pretensiones intolerables de un poder punitivo irracional para ajustarlo a la idea de que sólo dentro ciertos presupuestos y límites jurídicos es lícito punir y mejor aún instrumentar vías y soluciones alternas a las tradicionales en función de la incorporación social responsable de las personas.

— IV —

Los espejismos de justicia y los fines incumplidos del Derecho Penal

Con todo, es un hecho que durante mucho tiempo perduró en México una legislación antigarantista y que ésta concepción se proyectó por igual al Derecho Penal. La pena se fundó en la peligrosidad y a la conducta humana merecedora de aquella se le concibió de manera artificial.⁷ A esto se le sumó una casi indestructible presunción legal de la intencionalidad que perduró desde 1931 a 1984.⁸ La cual al igual que la imprudencia colmaba a la culpabilidad, pero sin que de la primera se diera un concepto legal y el de la imprudencia fuese meramente casuístico.⁹ Con ello en realidad se canceló al dolo —o a la intención, según se le llamó— como reductor jurídico racional de la punibilidad y también se cercenó a la presunción de inocencia.¹⁰ Y, además, se

⁶ Ver el número IX de esta INTRODUCCIÓN; el número III del Capítulo Segundo; el número IV del Capítulo Tercero; los números IV y V del Capítulo Décimo Sexto; y el Capítulo Décimo Séptimo.

⁷ Ver el número IX de esta INTRODUCCIÓN; y los Capítulos Sexto Y Décimo Quinto.

⁸ La presunción de intencionalidad y las implicaciones que se apuntan, estuvieron vigentes en el artículo 9° del CPF hasta el 10 de enero de 1994, fecha en que se reformó ese artículo, según publicación en el Diario Oficial de la Federación.

⁹ El texto original del artículo 8 del CPF de 1931 establecía: "Los delitos pueden ser:

I. Intencionales, y

II. No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, que cause igual daño que un delito intencional".

¹⁰ El texto original del artículo 9 del CPF de 1931, establecía: "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general la intención de causar daño,

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, o si el inculcado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado;

privilegió el *"versare in re illicita"* para sancionar por el resultado, sin que importara en realidad el contenido final de la acción en su perspectiva de realidad ontológica que interesa al Derecho Penal, ni su influjo en el juicio de tipicidad en virtud su inmersión en el tipo —que de por sí debiera desprenderse de presupuestos legales cerrados de conductas prohibidas—. Ni menos aún interesara la función motivadora de las normas penales con relación a la culpabilidad. Pero es que la divisa —casi sin excepciones— fue —y aún sigue siendo en la práctica— *"la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento"*. Y las nociones garantistas que contradicen tal divisa —e incluso que se apoyan en la misma ley— todavía están ausentes en sectores importantes de la práctica legal, forense y judicial mexicanas. Es un hecho también, que casi nunca se plantea —y en la misma medida muy poco se considera en serio la idea— de que en ciertos pero numerosos casos los fines del Derecho Penal se pueden cumplir sin necesidad del proceso penal. Al contrario —como si faltaran alternativas razonables— seguido se inician procesos penales inútiles o no benéficos. Y al mismo tiempo —y lo que por igual es crítico— aun se cede con frecuencia a la seductora tentación de iniciar muchos otros con pruebas insuficientes, aunque con ellas no se pueda esperar, racional y jurídicamente, la condena del presunto responsable.

Aparte de lo injusto de los procesos que así se instrumentan, se genera tan sólo una ilusión de combatir la impunidad, mientras lo que en realidad se asegura es el éxito de la iniquidad. Porque después se desvanecen las quimeras de justicia que se originan por la pretensión de encausar a los inculpados de delitos leves. Ya sea porque el fin se malogra porque prescribe la acción penal con motivo de la inactividad de la autoridad que, entre otras causas, se da por el exceso de trabajo y las formas burocráticas —en sede de la averiguación previa o en sede procesal—. O ya sea porque el pretendido fin se frustra por un retraso tal que torna a la justicia en denegada. Lo mismo sucede con los espejismos de justicia que se dan cuando se intentan procesos con pruebas febles y sin que con ellas se pueda razonablemente esperar la condena del inculpadado. Porque el desvarío del encausamiento fútil para combatir la impunidad desaparece luego con la absolución del acusado. Pero en cualquier caso quedan la inutilidad y la arbitrariedad como únicas vencedoras. No así las víctimas u ofendidos. Ni la sociedad. Ni la justicia. Ni la Constitución. Bien dice Romero Apis: (...) La justicia no necesariamente triunfa cuando se adquiere y protege un derecho, sino que la justicia triunfa o se derota fundamentalmente por la manera como se adquiere o protege ese derecho. De allí que el conflicto perpetuo en la justificación de los medios y la de los fines sea inexistente cuando se refiere al estado de derecho. El Estado de justicia no puede triunfar parcialmente. Si descuida los fines sin atender los medios o si claudica en los medios por obstinarse en los fines, habrá vencido en fracciones, y cuando la justicia triunfa a medias, quien ha vencido, en realidad, es la injusticia.¹¹

III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

IV. Que creía que era lícito el fin que se propuso;

V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93°.

Al respecto, ver, además, el número IX de esta INTRODUCCIÓN.

¹¹ José Elías Romero Apis, *Comentarios del Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales*, en *Proyectos legislativos y otros temas penales, Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*, coordinadores Sergio García Ramírez y Leticia A. Vargas Castillas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 143.

Cabe comprender entonces los cambios profundos —si bien insuficientes y algunos contradictorios— que se dieron en las leyes penales y procesales penales de México durante los últimos años del siglo pasado y los primeros años del que se inicia. Las innovaciones legislativas, entre muchos otros factores, pusieron en evidencia el gran rezago histórico en el sistema penal mexicano. Develaron una crisis que a la vez descubre el inexcusable deo existente desde muchos lustros antes. La falta de capacitación, la improvisación y los vicios de corrupción son algunas de las notas que le caracterizaron. Y que aún persisten en prevalecer. Aunque con más claridad se le identifica con la impunidad y con la inseguridad pública. Y que en no poca monta también obedecen a la actual disfuncionalidad del sistema penal.

— V —

Los factores jurídicos de la crisis del sistema penal

Empero, en la reforma y atención de todo sistema penal se debe evitar confundir la medicina y el tratamiento, necesarios, con la enfermedad que les da motivo. Como también es esencial no olvidar los factores innumerables que originaron el mal que se quiere erradicar. Antes que tarde el sistema penal será autoritario cuando en sus fundamentos, en su legislación o en su interpretación dogmática y judicial, olvide, suprima o reduzca al ser humano o a sus derechos esenciales. O si con igual tendencia aquél pasa por alto a sus garantías. O ignore sus fines y las razones que le sustentan, limitan y encauzan. Pues aun cuando hubiera muchos otros motivos y argumentos aparentes en los que se pudiera basar un sistema así, antes que tarde él se servirá del ser humano en vez de servirlo.

De aquí que se deba empezar por reconocer que los juristas tuvimos y tenemos una dosis importante de responsabilidad en la gestación y mantenimiento de la crisis del sistema penal mexicano. En su justa medida, quizá más pero de seguro no menos que los cuerpos de policía y de seguridad pública. De los que su ineficacia y cuestionable integración y funcionamiento se manifestó luego en todo el país; y respecto a los que la federación, el Distrito Federal y Coahuila, entre otros estados, empezaron a instrumentar los planes y medios para renovarlos y capacitarlos desde la segunda mitad de la década de fin de siglo. Apenas cinco años antes de concluir la centuria y a casi ochenta años de la Constitución de 1917. ¿Muy tarde? : Sí. Pero mejor que nunca. De aquí que igual se deba admitir —como ya se hace— el gran rezago histórico que existe en la procuración y la impartición de justicia penal. Pero a fin de cuentas, atraso que en parte cierta lo facilitó el marco legal y el desarrollo jurisprudencial mexicanos. O el entendimiento que se tuvo de ellos, principalmente, durante más de seis décadas del siglo pasado.

— VI —

Las aporías, las falacias y las disfunciones de la jurisprudencia

Durante los años ochenta del siglo XX —al terminar su estudio sobre el trato jurisprudencial de las garantías en el proceso penal— Zamora Pierce sentenció en su obra Garantías y Proceso Penal que en México la principal

responsable de la violación de los derechos humanos era, o había sido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹²

¿Qué se podía decir? Si la jurisprudencia decidió que la detención ilegal era intrascendente al proceso. Ni ello era suficiente para invalidar las confesiones que en esas condiciones obtuvieran los agentes de la Policía Judicial y los del Ministerio Público. Criterio éste último que todavía subsiste.¹³ ¿Qué se podía decir? Si la Suprema Corte privilegió a las confesiones que se rendían sin defensor, sobre las que se vertían con la asistencia de él. Y, además, cuando sostuvo que prevalecían las que se obtenían en aquellas condiciones sobre casi cualquier retractación posterior del inculcado en el proceso.¹⁴ Postura que incluso se mantiene respecto de las confesiones que durante la averiguación se logran mediante la violencia.¹⁵ ¿Y qué se podía decir? Si la excepción a tal criterio se hizo consistir en que sin lugar a duda se probara que la coacción se había ejercido en forma directa para obtener la confesión.¹⁶ ¿Qué se puede decir? Si aún con la prueba de la

¹² Jesús Zamora Pierce, *Garantías y Proceso Penal*, 3ª Editorial Porrúa S. A., México, 1991, p. XXVII

¹³ Además de muchas otras, son ilustrativas las tesis siguientes: CONFESIÓN. DETENCIÓN ARBITRARIA. No estando probada la existencia de coacción alguna, la sola detención arbitraria no es suficiente para anular la confesión rendida ante el Ministerio Público y la autoridad judicial lo fue bajo un estado psicológico anormal producido por violencia, ya sea de orden físico o moral. (Primer Tribunal Colegiado Del Vigésimo Primer Circuito, Amparo directo 234/93: Mario Nava Guevara, 15 de octubre 1993, unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enriquez Pogán. Véase: Gaceta del S. J. F., Núm. 40, Abril de 1991, p. 130.) DETENCIÓN ILEGAL. NO NULIFICA LA CONFESIÓN DEL INCULPADO. Aun admitiendo que el inculcado fue privado ilegalmente de su libertad, las violaciones que ello implica a disposiciones constitucionales no son reclamables en amparo directo, ni pueden serles atribuidas a las autoridades responsables de la sentencia o su ejecución, y tampoco tienen el alcance de anular la confesión del sentenciado ante la policía judicial, si no existen datos que lleven a la certeza de que su declaración haya sido moral o físicamente coaccionada. (Tercer Tribunal Colegiado Del Segundo Circuito, Amparo directo 797/92: José Juan Ramírez Juárez, 18 de noviembre de 1992, unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Mandujano Gordillo. Secretario: Héctor Fernando Vargas Bustamante, Gaceta del S. J. F., Parte XI-Marzo, p. 265.) DETENCIÓN SIN ORDENES DE APREHENSIÓN Y DE CATEO. NO NULIFICA LA CONFESIÓN DEL INCULPADO. Aun admitiendo que el inculcado fue detenido sin orden de aprehensión emanada de autoridad competente, y que los agentes aprehensores se introdujeron a su domicilio sin orden de cateo, las violaciones que esa forma de actuar implican a disposiciones constitucionales no son reclamables en amparo directo, ni pueden serles atribuidas a las autoridades responsables de la sentencia o su ejecución, y tampoco tienen el alcance de anular la confesión de dicho inculcado ante la Policía Judicial Federal, si no existen datos que lleven la certeza de que su declaración haya sido moral o físicamente coaccionada. Este Tribunal no desconoce que lamentablemente con demasiada frecuencia las autoridades investigadoras utilizan en las aprehensiones métodos reprobados por nuestra Carta Magna; pero en atención a la técnica del amparo directo, las más de las veces no compete a este Tribunal analizar ese tipo de actos, debiendo concretarse a declarar que quedan a salvo los derechos del quejoso en tanto para ejercitar las acciones judiciales relativas ante las autoridades correspondientes. (Segundo Tribunal Colegiado Del Quinto Circuito, Gaceta del S. J. F., Parte 61, enero de 1993, Tesis V.2o. J/46, p. 87.)

¹⁴ Como se puede ver en las tesis siguientes: CONFESIÓN. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO. De acuerdo con el principio procesal de inmediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de alocución o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores. (Primer Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, S. J. F., Parte III, Segunda Parte-2, Tesis VI. 1o. J/12, p. 904. NOTA: Jurisprudencia publicada también en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 16-18, p. 159.) Nota. Iguales tesis aparecen en el Apéndice de 1995, Tomo II, Parte SCJN, Tesis 106, p. 50 y del Segundo Tribunal Colegiado Del Segundo Circuito, Octava Época, Apéndice de 1995, Tomo II, Parte TCC, Tesis 486, p. 290. Asimismo la Tesis II.2o.J/5, Gaceta número 64, p. 33; véase ejecutoria en el S. J. F., tomo XI-Abril, p. 86. Esta tesis en su voz y texto coincide con la jurisprudencia número 70 de la Sala Penal de la Suprema Corte, formada durante la Sexta Época y que aparece a fojas 157, Segunda Parte, del Apéndice al S. J. F. de 1917-1985. CONFESIÓN MINISTERIAL EMITIDA SIN LA ASISTENCIA DE DEFENSOR ANTES DE LA VIGENCIA DE LAS REFORMAS AL ARTÍCULO 20, FRACCIONES II Y IX, CONSTITUCIONAL NO ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS NI CARECE DE EFICACIA PROBATORIA. Si bien en las reformas al artículo 20 fracciones II y IX de la Constitución General de la República, publicadas en el Diario Oficial de la Federación al día tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, vigentes a partir del cuatro de septiembre siguiente, se establecieron entre otros derechos para el inculcado, el de asistirse por un defensor desde la averiguación previa, requiriéndole desde ese momento para que nombre uno y en caso de no querer o no poder hacerlo, la autoridad del conocimiento debe asignarle un defensor de oficio, determinándose que la confesión rendida ante el Ministerio Público o ante el juez sin la asistencia de un defensor carecerá de todo valor probatorio; empero, si la detención del enjuiciado y las diligencias de averiguación previa ministerial se realizaron antes de que esas reformas entraran en vigor, esto es, cuando sólo el artículo 20, fracción IX, constitucional contemplaba como obligatorio el nombramiento de defensor para el inculcado ante el juez de la causa, y como facultad exclusiva del enjuiciado la de asistirse de defensor a partir de su detención; el hecho de que el Ministerio Público no le haya asignado un defensor de oficio durante la averiguación previa, ante su propia negativa o reserva en cuanto al derecho de nombrarse uno, no puede considerarse violatorio de lo establecido por las reformas al artículo 20, fracciones II y IX de la Carta Magna, ni tampoco, por tanto, privarse de toda eficacia probatoria a la confesión ministerial emitida por el inculcado; máxime que en tratándose de lo relativo a la defensa del detenido, tales disposiciones prevén derechos de carácter procesal que por su naturaleza no puede retrotraerse o aplicarse a situaciones procesales ya acontecidas, siendo además ilustrativo sobre el particular, el principio jurídico de que en materia procesal, no existe retroactividad de la ley. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, Gaceta del S. J. F., Parte 62, octubre de 1994, Tesis VI.2o. J/331, p. 51.)

¹⁵ La tesis siguiente habla por sí misma: CONFESIÓN COACCIONADA, ROBUSTECIDA CON OTROS DATOS. De acuerdo con el principio de inmediación procesal, la confesión del inculcado en sus primeras declaraciones merece plena eficacia probatoria; de modo tal que, la existencia de la coacción argumentada por el quejoso no es bastante para invalidar el reconocimiento que de su culpabilidad hizo, ya que al encontrarse corroborada con otros datos que la hacen creíble y la robustecen, no por el proceder ilegal de los captores, se debe dejar en libertad a quien aceptó plenamente su participación delictiva. (Tercer Tribunal Colegiado Del Segundo Circuito, Amparo directo 251/91: Daniel González Rocha, 18 de octubre de 1991, unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores. S. J. F., Parte: X-Septiembre, p. 248. Véase: Precedentes que no han integrado jurisprudencia, 1989-1985, Primera Sala, p. 205.)

¹⁶ Además de muchas otras, son ilustrativas las tesis siguientes: CONFESIÓN COACCIONADA, LA EXISTENCIA DE LESIONES DEL INDIADO NO ESTABLECE LA CERTEZA DE. Cuando en la causa penal consta el dictamen médico que acredita la existencia de lesiones del indiciado, esta circunstancia es insuficiente por sí misma para demostrar que su confesión rendida ante el Ministerio Público fue obtenida a través de la coacción, máxime si dicha confesión se encuentra corroborada por otros medios probatorios existentes en el proceso. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, Amparo directo 376/96: Félix González Campos y otros, 9 de octubre de 1996, unanimidad de votos. Ponente: Antonio Meza Alarcón. Secretario: Héctor Enrique Hernández

coacción, las opiniones de los tribunales federales abundan ahora que la confesión obtenida mediante la violencia es válida para condenar si la apoyan otros elementos de prueba. Y sin siquiera excluir los frecuentes casos de que esos otros datos sean de por sí insuficientes para acreditar la intervención del inculpado que por medio de la violencia "confiesa" su —supuesta— ingerencia.”

Ni que decir que esos argumentos generan falta de confianza en procesos justos e imparciales. Porque en su lugar parece instaurarse un juego sucio que nadie quisiera jugar pero que todos juegan. Pues es claro que con aquellas razones se propicia el abuso y la impunidad. Y es igual de nítido que aquellas consideraciones violan los principios más elementales de la sana crítica en la valoración de la prueba. En efecto, es cierto que el fin inmediato del proceso penal es obtener la verdad de los hechos para de éstos derivar sus consecuencias jurídicas. ¿Pero acaso se puede obtener la verdad con base en una confesión viciada por la violencia? Pues si se halla que la confesión se vertió bajo coacción ninguna confianza de verdad puede tener el hecho que se contenga en aquella para auxiliar a establecerla. Y ello es válido incluso cuando se sostiene que la confesión viciada se convalidaría en virtud de los medios de prueba con los que ella se relaciona. Porque o bien los medios de prueba a los que se adminicula la confesión coaccionada son suficientes entre ellos —y sin tal confesión— para demostrar la responsabilidad penal, en cuyo caso ninguna razón existe para invocar aquella. O bien, con base en una confesión forzada es insostenible la razonable convicción del hecho que como verdad se pretende establecer. Ya que en este último evento es incuestionable que dicha "verdad" descansa en un medio de prueba cuyo contenido de credibilidad está afectado. Y el que, por tanto, carece de confiabilidad para demostrar la verdad, más aún si los demás medios de prueba resultan ser accesorios a aquél.

En efecto, si el fruto de la coacción fue la confesión, es también razonable pensar en su prefabricación en el acta donde se le hizo aparecer. ¿O qué acaso en esos eventos está fuera de consideración la coerción para que se confiese de tal o cual forma la participación? ¿O no merece miramiento el que esa coacción se pudo ejercer para lograr la firma del acta donde se hace constar la viciada confesión ya prefabricada? : Precisamente para que así la confesión concuerde o concorra con otros medios de prueba que le den a aquella

Torres.) CONFESIÓN DEL COACUSADO. AUN CUANDO EN AUTOS EXISTA CERTIFICADO Y FE DE LESIONES SI NO SE DEMOSTRÓ QUE ESAS ALTERACIONES LAS HUBIESE PRODUCIDO LA POLICÍA, TIENE VALOR PROBATORIO LA. Es inexacto que carezca de validez jurídica la confesión del coacusado, aun cuando de las constancias de autos se advierte la fe de lesiones y el dictamen correspondiente si no se demostró que esas alteraciones las hubiesen producido los agentes de la policía. Tribunal Colegiado Del Vigésimo Circuito, Gaceta del S. J. F., Parte 78, junio de 1994, Tesis XX. J/61, p. 81.

¹⁷ Como se puede observar en las tesis siguientes: CONFESIÓN COACCIONADA CORROBORADA POR OTROS DATOS. Cuando una confesión es obtenida mediante la violencia física y ésta se encuentra aislada sin ningún otro dato que lo robustezca o corrobore, desde luego que la autoridad de instancia debe negarle todo valor; pero si una confesión es obtenida mediante golpes, y ésta se encuentra corroborada con otros datos que la hacen verosímil, no por la actitud de los elementos de la policía se deberá poner en libertad a un responsable que confesó plenamente su intervención en determinado delito, quedando a salvo desde luego el derecho del sujeto para denunciar ante la autoridad competente la actitud inconstitucional de los agentes de la autoridad que lo hayan golpeado. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, Gaceta del S. J. F., Parte 85, enero de 1995, Tesis VI.2o. J/346, p. 85.) CONFESIÓN COACCIONADA, DEBE DARSELE VALIDEZ CUANDO SE ENCUENTRA CORROBORADA CON OTROS DATOS. Es cierto que en el dictamen médico de Comisaría se hizo constar que los quejados presentaron lesiones al ser reconocidos físicamente; sin embargo, tal circunstancia carece de relevancia en el caso porque dichos agraviados confesaron ante los agentes policíacos que los detuvieron, haber formado una banda para cometer los diversos ilícitos de robo de vehículo que se les imputa, y tal declaración la ratificaron ante el Ministerio Público, donde tuvieron la oportunidad de denunciar la violencia física de que fueron objeto. Además, tales confesiones se encuentran apoyadas con la fe ministerial en la que se hizo constar que se tuvo a la vista los vehículos hallados en poder de los quejados y con las declaraciones de los agentes de la policía estatal que intervinieron en su detención. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, Amparo en revisión 617/87: Constantino Calvo Ruiz y coagraviados, 28 de enero de 1988, unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: E. Gustavo Núñez Rivera. S. J. F., Parte: XIV-Julio, p. 512.) CONFESIÓN OBTENIDA POR COACCIÓN FÍSICA, VALOR PROBATORIO DE LA. Aun cuando quede demostrado que las confesiones vertidas ante los elementos del ejército mexicano fueron obtenidas mediante coacción física, tales confesiones no carecen de eficacia probatoria si se encuentran corroboradas por otros datos que las hacen verosímiles. (Tribunal Colegiado Del Décimo Tercer Circuito, S. J. F., Parte III, Segunda Parte-1, p. 217. Véase: Jurisprudencia número 71, Primera Sala, p. 163, Apéndice al S. J. F. de 1917-1985.) CONFESIÓN COACCIONADA CORROBORADA POR OTROS DATOS, VALOR DE LA. Si una confesión es obtenida mediante el empleo de la violencia física, pero la misma se encuentra corroborada con otros datos que la hagan verosímil, no por ello deberá ponerse en libertad a quien confesó su intervención en determinado delito, pues en tales casos queda a salvo desde luego el derecho del sujeto para denunciar ante la autoridad competente la conducta inconstitucional de los agentes de la autoridad que lo hayan golpeado. (Amparo directo 7883/80, Lorenzo Ortega Navarrete, 11 de septiembre de 1981, unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. S. J. F., Parte: 151-156, Segunda Parte, p. 33.)

consistencia o verosimilitud. Ya que si la autoridad se atrevió a violentar la ley y al acusado, se ve igual razón para que aquella también haya sido capaz de "adaptar" la versión confesoria a los demás indicios que sólo así se vuelven incriminatorios. ¿Dónde está pues, en esos eventos, el grado de confianza que todo medio de prueba requiere para que éste pueda ser útil a revelar la verdad? Y, además: ¿dónde queda la garantía de la fracción II del artículo 20-A C. que prohíbe toda coacción y todo medio que tienda a ella?. En nada. Y ¿qué se podía decir? : Si lo mismo sucedía con los cateos ilegales. ¿Qué acaso era y es confiable el resultado de un cateo que se practicó sin respetar la ley ni la C.? Y ello sin contar —en la práctica— a las incontables opacidades o la vaga amplitud inadmisibles en muchas órdenes de cateo acerca de los objetos que se buscan como medio de prueba —y que de hecho involucran "todo" lo que "pudiere" serlo, permitiendo así el aseguramiento y la sustracción indiscriminada de bienes— que están dentro del domicilio, todo ello en contravención de lo que prevé el artículo 16 C. En suma: ¿Qué acaso el fin pretendido justifica cualquier medio? ¿Y qué acaso no importa cómo se pueda obtener alguna supuesta prueba aunque para ello se empleen medios formalmente legales pero sustancialmente ilícitos?

¿Mas qué se puede decir? Cuando situaciones análogas se repiten ahora con relación a otros medios de prueba que luego se aportan al proceso. Díganlo si no los casos de testigos pagados o «protegidos» y la perversión de normas legales que debieran ser sólo de excepción y que sin embargo se emplean para abrir averiguaciones bajo el amparo de la Ley Contra la Delincuencia Organizada sin que los hechos tengan clara relación con los supuestos típicos, las condiciones, las razones, los fines y los límites de esa ley. Y por supuesto cuando luego resulta que los probables delitos no eran de los que prevé aquella ley. Y cuando ahora surge en la misma ley el señuelo engañoso de la impunidad a cambio de incriminaciones contra otros en los casos de delincuencia organizada, pero donde aquellas se aprovechan para inculpar de delitos que precisamente no son de delincuencia organizada.¹⁸ ¿Es eso cumplir lícitamente con el fin de obtener la verdad? ¿Se podrá tener confianza en un testimonio que se da por el interés de obtener dinero o de beneficiarse con una reducción de pena o de exclusión de la misma? ¿Y será válido cualquier medio —aunque sea ilícito— para obtener aquel fin? ¿Acaso se puede tener confianza en medios de prueba, cuando ellos se basan en la intromisión ilícita y subrepticia en ámbitos intangibles reservados, en los que el ciudadano espera sean de privacidad e intimidad y sin que los hechos que se investigan sean realmente de delincuencia organizada? ¿Y qué razón válida hay para que no se excluya de esa intervención a las comunicaciones del inculpado con su defensor, como ahora parecería considerarse? La exigencia legal de la obtención lícita de medios de prueba no pasa así de ser en muchos códigos procesales una mera norma declarativa sin efectos jurídicos. Un dogma ayuno de consecuencias expresas en la misma ley para invalidar aquella clase de medios de prueba y cuya ausencia motiva abusos de poder.

¿Y qué se podía decir? Si se entendió y todavía se entiende que se requieren condiciones mínimas de prueba para iniciar un proceso penal y librar una orden de aprehensión. Y antes, además, sin importar que la girara

¹⁸ Me refiero al sistema que ahora establece el artículo 35 de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, pero que ya se emplea para delitos y contra personas que no son de delincuencia organizada según lo prevé la misma ley. Como aconteció en el caso público y notorio del Pemexgate.

una autoridad judicial incompetente.¹⁹ Y es que de esto último —se aducía— no lo establece el artículo 16 C. que regula a la orden de aprehensión. Aunque el párrafo primero del mismo artículo 16 de la C. ¡sí exige la competencia de toda autoridad que ordene un acto de molestia! Y de lo primero se deducía —y aún se afirma— que las condiciones de prueba para iniciar procesos penales se incrementarían luego para dictar formal prisión, hasta completar las necesarias para que se dictara una sentencia de condena. Algo así como una sinfonía de tres movimientos: el prelude, el andante y el fortísimo final. ¿Pero cómo podría darse ese incremento probatorio entre la orden de aprehensión y el auto de formal prisión? Ya que a éste —como lo dispone de manera expresa el párrafo primero del artículo 19 de la C. — ¡Sólo se le puede sustentar en los datos que se obtuvieron durante la averiguación previa y no después! Lo cual ahora se empeora en la práctica ministerial dejando abierta la averiguación previa... aún cuando el carácter de autoridad del Ministerio Público con relación a los hechos averiguados debiere cesar con la consignación al juez, para asumir el de parte procesal. Y peor aún, cuando ante diversos jueces —y en contravención del artículo 23 C.— contra una misma persona se consigna de manera separada la misma averiguación (pero en original, duplicado, triplicado, etc.), por los mismos hechos que tipificarían varios delitos —o incluso aunque se trate de un mero concurso aparente de normas— todo ello para dificultar la defensa y, además, favorecer la negación de la libertad caucional —y no porque después se hayan obtenido datos nuevos que ameriten la multiplicidad de consignaciones.²⁰ Tales entendimientos facilitaron así —y todavía amparan— no sólo el abuso de poder, sino la deformación de las causas procesales y la generación de graves entelequias de justicia. Pues casi cualquier nota puede marcar la obertura del proceso —o de varios procesos— y, por lo tanto, el libramiento de la orden de aprehensión —o de varias ordenes de aprehensión—. Y lo que es más grave, los autos de formal prisión aún se dictan con frecuencia aunque la partitura éste tan incompleta que difícilmente se puede esperar concluir con éxito la

¹⁹ Al respecto es ilustrativa la tesis siguiente: ORDEN DE APREHENSIÓN, LEGALIDAD DE LA, AUNQUE EL JUEZ QUE LA DECRETE SEA INCOMPETENTE. El artículo 16 Constitucional no menciona que para dictar una orden de aprehensión, la autoridad que la decreta, sea competente, sino únicamente requiere que dicha autoridad sea judicial, ello sin perjuicio de que, durante el curso de la averiguación o del proceso, se promueva lo que es estípite pertinente respecto de la incompetencia que se alega. (Tribunal Colegiado Del Décimo Tercer Circuito, S. J. F., Parte 181-186, Sexta Parte, p. 134.) - Empero, cabe señalar que tal criterio se superó con acierto por el siguiente: ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBE PROVENIR DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE. El artículo 16, segundo párrafo constitucional, establece respecto de la orden de aprehensión, entre otros requisitos, que debe ser emitida por autoridad judicial; a su vez, el primer párrafo del citado precepto constitucional, garantiza la protección de la persona, al exigir que todo acto que implique una afectación a ésta, debe provenir de autoridad competente, es decir, aquella que esté facultada legalmente para emitir el acto de que se trate. Por ello, si la orden de aprehensión es un acto que afecta a la persona, pues tiene por efecto restringir de manera provisional su libertad personal o ambulatoria, con el objeto de sujetarla a un proceso penal, el juzgador que la emite, también debe ser legalmente competente para conocer del proceso penal que en su caso llegare a instruirse por el o los delitos por los que la libra, atendiéndose desde luego, a los criterios para fijar la competencia esto es, por territorio, materia, cuantía o conexidad. Novena Época, Primera Sala, S. J. F., y su Gaceta, Tomo IX, Mayo de 1999, Tesis: 1a. J., 26/99, p. 267. Contradicción de tesis 6/98. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, 7 de abril de 1999, cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guillermina Couñío Mata. Tesis de jurisprudencia 26/99. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de catorce de abril de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Peñayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

²⁰ En este punto, la nueva legislación del Distrito Federal y la de Coahuila presenta ahora plausibles medios de control de esos abusos. Así el artículo 122 del nuevo CPDF señala: *(Non Bis in Idem.) Nadie Puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condena. Cuando existan en contra de la misma persona y conducta: I. Cuando existan dos procedimientos distintos, se archivará o sobreseerá de oficio el que se haya iniciado en segundo término. II. Una sentencia y un procedimiento distinto, archivará o sobreseerá de oficio el proceso distinto; o, III. Dos sentencias, dictadas en procesos distintos, se hará la declaratoria de nulidad de la sentencia que se pronunció en segundo término y se extinguirán sus efectos.* Por su parte, el artículo 7° del nuevo CPPC prevé que: *"ES INADMISIBLE EL DESISTIMIENTO DE LA INSTANCIA. Una vez que el Ministerio Público ejercita la acción penal, se convierte en parte procesal. Por tanto, con relación a los hechos que motivan la acción, no podrá renunciar a los actos procesales que realice, para dejarlos sin efecto y formular de nuevo acusación. Mientras que en párrafo tercero del mismo artículo se prevé que: Las diligencias que practique el Ministerio Público con abandono de la instancia, carecerán de validez. Y a su vez el artículo 62.fracción VII del nuevo CPC dispone: REGLAS PARA APLICAR SANCIONES POR CONCURSO DE DELITOS. Para aplicar las sanciones por concurso de delitos, el juzgador atenderá a las reglas siguientes: VII. PREVISIONES PARA CUANDO SE OMITA ACUMULAR PROCESOS. En el caso de que se instruyan dos o más procesos por delitos distintos sin que se acumulen, en cualquier tiempo el sentenciado podrá promover incidente de aclaración especial de sentencia ante el último juzgador que resolvió. Para que, en aclaración de la última sentencia que se dictó y con vista en los procesos, se readequen las sanciones que se le impusieron. Las que se deberán aplicar conforme a lo que dispone esta sección. Si alguna de los procesos se encuentra sin concluir, en la sentencia se tomarán en cuenta las penas que se impusieron en el proceso o procesos anteriores; de acuerdo con lo que prevé el párrafo que antecede. Lo que se dispone en esta fracción también se observará, tratándose de conductas típicas que debieron integrar concurso por delito continuado; cuando sean o fueron motivo de procesos sin acumular."*

acción.²¹ Y es que con las órdenes de aprehensión y los autos de formal prisión sucede lo mismo que con un vaso de agua... ¡no se le niegan a nadie!

¿Y qué se podía decir? Si por una parte la Corte identificó en forma reluctante al cuerpo del delito con los elementos del tipo penal. Pero a la vez sostuvo jurisprudencia de que aquél se nutría tan sólo de los elementos materiales de la infracción. Aun cuando eso signifique el contrasentido de sostener que el cuerpo es igual a sólo una parte de las unidades que lo componen.²² ¿Qué se podía decir? Si para fundar la probable responsabilidad era —y es— legalmente bastante con la presunción de que el inculpado intervino en el hecho típico, como si no importara que esa inferencia no deba sustentarse en un dato o en datos inconducentes o discordantes, o en signos vagos o imprecisos.²³ ¿Qué se podía decir? Si en la declaración preparatoria —o al menos en la mayoría de los casos del orden común y en muchos del orden federal— a la persona inculpada no se le hacía saber con precisión en qué consistía el hecho delictivo —o cada hecho delictivo— que se le imputaba, menos se le habría de decir cuáles eran las circunstancias fácticas de cada uno de sus elementos típicos. Práctica que por lo demás todavía continúa en gran parte de la república. Ni que pensar que en tal diligencia haya que aclararle al inculpado como parte del motivo de la acusación en qué consiste la forma de intervención típica que se le atribuye en el hecho que previamente ya se le habría de especificar

²¹ Además de muchas otras, son ilustrativas las tesis siguientes: ORDEN DE APREHENSIÓN. NO REQUIERE QUE ESTE PROBADO EL CUERPO DEL DELITO. Cuando el acto reclamado en el juicio de garantías, lo constituye una orden de aprehensión, ni el juez de la causa, ni el de Distrito, tienen obligación alguna de estudiar la referencia a la comprobación del cuerpo del delito, ya que este requisito no se encuentra contemplado entre los exigidos por el artículo 16 de nuestra Carta Magna para dictar una orden de aprehensión, y en atención a esto, si no se realiza un análisis de esta cuestión, con ello no se perjudica al quejoso y menos aún se viola garantía alguna en su contra. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, *Apéndice de 1995*, Tomo II, Parte HO, Tesis 942, p. 598, Octava Época. NOTA: Tesis VL20./J147, Gaceta número 45, p. 48; S. J. F., tomo VIII-Septiembre, p. 75.) ORDEN DE APREHENSIÓN, NO SE REQUIERE DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DEL CUERPO DEL DELITO PARA EMITIR LA. Es inexacto que para librar un mandamiento de captura sea necesaria la comprobación del cuerpo del delito, pues tal exigencia no se contiene en el artículo 16 de la Constitución General de la República, que es el precepto que consigna los requisitos que deben cumplirse para emitir un acto de tal naturaleza. (Segundo Tribunal Colegiado Del Segundo Circuito, Octava Época, *Apéndice de 1995*, Tomo II, Parte HO, Tesis: 943, p. 598. NOTA: Tesis II.20./J10, Gaceta número 70, p. 52; véase ejecutoria en el S. J. F., tomo XII-October, p. 238.) ORDEN DE APREHENSIÓN. NO COMPRENDE EL EXAMEN DE LA CLASIFICACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO, SINO ÚNICAMENTE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL. Si tanto el juez de amparo, como la autoridad recurrente, coinciden en que la conducta imputada al quejoso constituye un hecho delictivo sancionable con pena corporal, ello basta para hacer evidente que se actualizan dos de los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional; si a esto se suma que la orden de aprehensión combatida fue girada por una autoridad judicial competente, precedida de una denuncia que se encuentra apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe y por otros datos que hacen probable la responsabilidad del inculpado, es claro que los restantes requisitos del precitado numeral también se encuentran plenamente satisfechos. Por tanto, si el juez natural decretó la orden de aprehensión en contra del quejoso por el delito de robo, y al parecer el hecho antijurídico que lo motivó no constituye propiamente ese delito, sino uno diverso, como podría ser el de abuso de confianza, tal circunstancia resulta intrascendente, porque sobre cualquier consideración debe prevalecer el que se actualicen las exigencias consignadas por el aludido precepto. (Primer Tribunal Colegiado Del Décimo Circuito, *Apéndice de 1995*, Tomo II, Parte HO 941, p., 595, Octava Época. NOTA: Tesis X.10./J13, Gaceta número 71, p. 80; véase ejecutoria en el S. J. F., tomo XII-noviembre, p. 238.)

²² Cabe apuntar que desde antes de 1983, la doctrina de nuestro máximo tribunal empezó a aceptar a los elementos "subjetivos" como integrantes del "corpus delicti" en orden a algunos ilícitos penales. Verbigracia, difamación, injurias, etc. (S. J. F., Sexta Época, Segunda Parte, Tomo XVII, p. 685.) Así mismo, desde antes de 1983 hay ejecutorias donde francamente se identifica al cuerpo del delito con la concreción del tipo penal, según se advierte de las tesis siguientes: "CUERPO DEL DELITO. Siendo la comprobación del cuerpo del delito la base del proceso penal, no estando acreditados en forma alguna los elementos constitutivos del tipo delictivo, no puede declararse la responsabilidad penal". (S. C. J. N., *Boletín, Primera Sala, 1980*, p. 629.) "CUERPO DEL DELITO. La comprobación del cuerpo del delito es la base del proceso, por lo tanto, no estando acreditados la totalidad de los elementos constitutivos del tipo delictivo, pero ni siquiera la modalidad del mismo, no puede declararse la responsabilidad jurídica penal". (S. C. J. N., *Boletín, Primera Sala, 1980*, p. 141.) "CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. Comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos tal como lo define la ley, al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente". (*Apéndice al S. J. F. de 1985*, Segunda Parte, Primera Sala, p. 184.) Finalmente, el 16 de diciembre de 1983; es decir, 10 años antes de la reforma constitucional de 1993 a los artículos 16 y 19 C., se reformaron los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales del D. F. En esa reforma a la legislación secundaria ya es indudable que el legislador identificó al cuerpo del delito con la concreción histórica de todos los elementos del tipo penal. Pues los citados artículos 168 y 122 literalmente expresaban que: "Se tendrá por acreditado el cuerpo del delito cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictivos, según lo determina la ley penal". No obstante todo lo expuesto, no dejó de causar extrañeza que en el *Apéndice al S. J. F. de 1917-1988* (Segunda Parte, Salas y Tesis Comunes, Volumen I); apareciera aún publicada con el número 589 la Tesis Jurisprudencial del tenor literal siguiente: "Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal". Esta tesis jurisprudencial reproduce las del mismo tenor literal publicadas en los Apéndices de 1985 (Tesis N° 81) y de 1975 (Tesis N° 93.) Igual que las que con el mismo enfoque fueron antes publicadas con el N° 312 del *Apéndice al S. J. F.* al Tomo XCVII y el N° 320 del *Apéndice al Tomo XVII*.

²³ Me refiero a la Tesis de Jurisp. 55 de la Primera Sala de la SCJN, *Apéndice al S. J. F.* de 1985, Novena Parte, Séptima Época, p. 87. La misma tesis se sigue sosteniendo todavía en el *Apéndice de 1995*, Tomo II, Parte TCC, Tesis 425, p. 245. AUTO DE FORMAL PRISIÓN. Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito. Ver al respecto el número V del Capítulo Octavo.

históricamente.²⁴ ¿Cómo es posible que sin ello pueda cumplirse a cabalidad con la garantía de declaración preparatoria que como salvaguardia fundamental de audiencia al inculpado prevé la fracción II del artículo 20-A C.? ¿Pero qué se puede decir? Si contra la garantía de litis cerrada del auto de formal prisión, todavía se afirma que es intrascendente que casi al final del proceso el Ministerio Público acuse al inculpado por un delito distinto al que motivó la causa. Pues se aducía —y todavía se alega— que en esos casos el inculpado tiene la oportunidad de conocer y contestar la acusación en sus conclusiones. Y ello sin concederle en forma expresa la oportunidad de luego aportar prueba en descargo del nuevo delito. Por el contrario, aquellos criterios consideran de manera implícita agotada la garantía de audiencia con la mera vista al acusado de la nueva acusación en fase de conclusiones. Y más aún: ¿Cómo puede ser eso de acusar por un delito distinto después del auto de formal prisión, sin respetar lo que dispone el artículo 19 C.? : ¡De que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito que se señale en el auto de formal prisión!²⁵ ¿Era y es eso respetar la garantía de litis cerrada? ¿Y era y es eso respetar la garantía de audiencia?

¿Mas qué se podía decir? Si en concepto de la Suprema Corte era innecesario que se fijara el carácter doloso o culposo del delito en el auto de formal prisión,²⁶ ni tampoco había que resolver en aquél acerca de las modalidades atenuantes o agravantes.²⁷ Nada de eso era parte del cuerpo del delito, ni de la responsabilidad penal del inculpado. Aunque con las mismas categorías había que dictar luego la sentencia de condena. ¿Qué

²⁴ Ver el núm. IX de esta INTRODUCCIÓN, en cuanto a la correlación que se hace entre los artículos 16, 19 y 20 fracción III C. Igualmente, ver infra, el número V del Capítulo Octavo.

²⁵ Al respecto son ilustrativas las tesis siguientes: CLASIFICACIÓN DEL DELITO. PUEDE VARIARSE EN LA SENTENCIA SI LO SOLICITA EL MINISTERIO PÚBLICO EN LAS CONCLUSIONES, TRATÁNDOSE DE LOS MISMOS HECHOS. Las conclusiones del Ministerio Público constituyen el límite de la actividad jurisdiccional del juzgador, dado que es a aquel funcionario a quien, por mandato constitucional, corresponde el ejercicio de la acción penal, el cual se perfecciona en el momento en que formula conclusiones; por tanto, debe estimarse legal la variación de la clasificación de los delitos, cuando se trate de los mismos hechos, pero además haya acusado en ese sentido el Ministerio Público, pues de lo contrario implicaría rebasar los límites de la acusación. (Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, S. J. F., Parte XV-II, febrero, Tesis VI.1o.231, p. 259 y S. J. F., Parte XV-II, febrero, Tesis VI.1o.231, p. 259. Véase Apéndice al S. J. F. de 1917-1985, Segunda Parte, Primera Sala, primera tesis relacionada con la Jurisprudencia 43, p. 113.)

²⁶ Como se observa en las tesis siguientes: AUTO DE FORMAL PRISIÓN. ELEMENTOS. En el auto de formal procesamiento, únicamente se debe fijar el tema del proceso a encuadrar por el órgano jurisdiccional, los hechos delictivos en alguna de las figuras del catálogo de tipos que se señala el código y estimar si existen bases para reprochar la comisión del delito al imputado. De ningún modo está obligado el órgano jurisdiccional, en el auto de formal prisión, a precisar el "grado" de responsabilidad del imputado, ya que esto es lo que constituye el objeto del proceso penal, en el que se debe establecer un concreto si existió el hecho delictivo y determinar la responsabilidad del acusado conforme a las conclusiones del Ministerio Público, en que se fije y perfeccione el ejercicio de la acción penal; y, por tanto, en nada se agravia al reo por la determinación del resolutor de primera instancia al decretar la formal prisión simplemente por el delito de homicidio." (Amparo directo 8310/87, José Ruiz Martínez, agosto 7 de 1988, unanimidad 5 votos. Ponente: Mtro. Ernesto Aguilar Álvarez. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Informe 1988, p. 25.) "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBE CALIFICARSE EL DELITO QUE SE IMPUTA AL ACUSADO EN EL. Si el juez natural en el auto de formal prisión clasifica el delito que se le imputa al inculpado, es evidente que con ello está rebasando las exigencias a que se contrae el artículo 19 Constitucional, en virtud de que en dicho auto solamente debe puntualizarse el delito por el cual se le seguirá el proceso y determinar si existen pruebas que hagan probable su presunta responsabilidad en su comisión, pero de ningún modo se debe precisar su "grado" de responsabilidad, ya que esto es lo que constituye el objeto del proceso, en el que se debe analizar la pretensión punitiva y establecer en concreto si existió el hecho delictivo y determinar la responsabilidad del acusado conforme a las conclusiones del Ministerio Público, en el que se fije y perfeccione el ejercicio de la acción penal". (Amparo en revisión 502/80, Carlos Alejandro Flores Alvarado, 3 de septiembre de 1980, unanimidad de votos. Ponente: Gabriel Santos Ayala. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Informe 1980, Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, N° 5, p. 274.)

²⁷ La tesis siguiente ilustra al respecto: AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN. Atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisará la materia de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipiquen tales hechos, sobre la base de que existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello, todo juzgador al dictar un auto de formal prisión, debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado, sin analizar modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que estos extremos deben ser objeto del proceso penal correspondiente y de la sentencia respectiva. No es obstáculo a la conclusión anterior, lo preceptuado por el artículo 20, fracción I, Constitucional, en el sentido de que al resolverse sobre la procedencia de la libertad provisional, deben tomarse en cuenta las calificativas o modificativas que para el delito materia del ejercicio de la acción penal se invoquen por el Ministerio Público, ya que esta última disposición no se refiere en concreto al auto de formal prisión, sino a la hipótesis en que el acusado solicita y se le concede la libertad bajo caución; además de que al reformarse el último de los dispositivos legales citados, en los términos aludidos, no sufrió enmienda el artículo 19 de la Constitución General de la República. (Primera Sala Gaceta del S. J. F., Parte 16-18, abril-junio de 1989 Tesis 1a. /J. 4/89, P. 59. Contradicción de tesis 5/88. Entre las sustentadas por el Primero y Segundo Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito. 3 de mayo de 1989, mayoría de 4 votos, contra el voto de la ministra Victoria Adato Green. Ponente: Samuel Alba Leyva. Secretario: Carlos Aureliano Hobelsberger. Tesis de jurisprudencia 4/89, doce de junio de mil novecientos ochenta y nueve. NOTA: Esta tesis también aparece publicada en el S. J. F., Tomo III, Primera Parte, p. 263.) Empero, cabe hacer notar que a esa tesis le superó la del rubro siguiente AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. (Novena Época, Primera Sala, S. J. F. y su Gaceta, Tomo V, febrero de 1997, Tesis 1a. /J. 6/AF, p., 187.) Cabe ahora preguntarse: ¿Es válido todavía el último criterio de acuerdo al nuevo texto del artículo 19 C.? Al respecto ver infra, el Capítulo Octavo, núm. V: "Los elementos del tipo penal en el cuerpo del delito y la responsabilidad penal, como categorías procesales en México".

se podía decir? Si los contenidos conceptuales de la responsabilidad penal y de las formas de intervención —que también la nutrían— peregrinaron en un limbo jurídico procesal. ¿Qué se podía decir? Si el conocimiento de la ilicitud penal y la exigibilidad de una conducta conforme a Derecho —como materia de la culpabilidad— eran temas desconocidos por el foro o de ordinario intocados por la judicatura, sin que se aludiera a ellos en la “responsabilidad penal”. Y cuando solo a finales del siglo pasado se ocuparon de esos asuntos en forma incipiente, reticente y confusa los postulantes, jueces, magistrados y el máximo tribunal del país.²⁸

¿Qué se podía decir? Si cuando la persona inculpada pedía ser careada con los testigos de cargo que declaraban en la averiguación previa, bastaba que ellos inasistieran a la diligencia para enseguida celebrar un careo supletorio. Obvio, sin la concurrencia de esos testigos.²⁹ ¿Qué se podía decir? Si con ese simulacro de careo en la sentencia se primaba luego al testimonio de cargo sobre la negativa del acusado. ¿Qué se podía decir? Si después de que se corrigió aquella ficción antigarantista, todavía es día en el que se ordena reponer el proceso por falta de un careo solicitado aunque el testigo —citado correctamente— haya faltado a la diligencia sin causa justificada, en vez de negar eficacia —en la sentencia— a la declaración que aquél vertió en la averiguación previa —imputación a la que de ordinario se le dará prevalencia sobre la negativa del inculcado—. Bien sea porque —tarde o temprano— el inculcado termine por desistirse del careo; o bien porque el remiso testigo asiste por fin a la diligencia. Y es que parecería que nadie tiene prisa, aunque el inculcado sea quien esté padeciendo el proceso o incluso esté en prisión preventiva. ¿Trampa veintidós?³⁰

Pero ¿qué se puede decir? Si aún ahora, cuando los testigos de cargo abdican en el careo de las imputaciones que vertieron contra el inculcado en la averiguación previa, se estima que se trata de «retractaciones» inadmisibles. Pues los motivos de la abdicación siempre se deducen como tales enmiendas sin justificar.³¹ Y

²⁸ El artículo 168 del CFPF, antes de sus reformas de 1990, sólo se refería a la “participación” del inculcado con relación a la categoría procesal de la “responsabilidad penal”, sin referencia alguna al dolo, a la culpa y a la culpabilidad. Por otra parte, la conciencia de la ilicitud penal y la exigibilidad de otra conducta, como contenido de la culpabilidad, por la vía de sus causas excluyentes se incluyeron en las fracciones VIII y IX del artículo 15 del CPF hasta el 10 de enero de 1994; fecha que se publicaron las reformas a ese artículo en el Diario Oficial de la Federación. Ver el respecto el CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO de este trabajo.

²⁹ Como se puede observar en las tesis siguientes: CAREOS SUPLETORIOS. No viola garantías del reo la falta de careos, si no se logró la comparecencia de los testigos de cargo y el juez dispuso que se practicaran careos supletorios. (Tercer Tribunal Colegiado Del Segundo Circuito, Amparo directo 714/92, Adán Vargas Castro, 8 de noviembre de 1992, unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretario: Francisco Javier Rebollo Peña. Véase: Apéndice al S. J. F. de 1917-1988, Segunda Parte, décima tesis relacionada con la Jurisprudencia 339, p. 588.) CAREOS SUPLETORIOS. No viola garantías del reo la falta de careos, si no se logró la comparecencia de los testigos de cargo y el juez dispuso que se practicaran careos supletorios. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, S. J. F., Tesis: VI.2o. J/196, p. 58).

³⁰ El artículo 373 del nuevo CPPC cambia ahora la perspectiva, al prever lo siguiente: “ARTÍCULO 373. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA OMSIÓN DE CAREOS CONSTITUCIONALES. La práctica de los careos constitucionales es necesaria para la conclusión válida de la primera instancia. Excepto cuando no se lleven a cabo por inasistencia injustificada de quien, sin ser el inculcado, deba ser careado, no obstante que se le citó para la diligencia; o el juez dejó a cargo del Ministerio Público el citatorio para que por sí o por conducto de la policía ministerial lo cite o pueda presentarlo directamente. En cuyo caso, no tendrán validez legal las declaraciones del denunciante, querrelante, captor o testigo sobre hechos que le consten en contra del inculcado. En los demás casos, la omisión de careos constitucionales dará lugar a la reposición del procedimiento, si es que ello afectó a la defensa del acusado, por trascender de manera determinante en su perjuicio al resultado del fallo.”

³¹ Como se ve en las tesis siguientes: CAREOS. LA RETRACTACIÓN PRODUCIDA EN ELLOS DEBE PROBARSE. La celebración de los careos tiene por finalidad que los careados discutan entre sí para que puedan ponerse de acuerdo en cuanto a los puntos contradictorios que existan entre sus declaraciones, pues son un medio de buscar la verdad histórica en el proceso, pero ello no puede significar que si en tales diligencias existen retractaciones, las mismas no deban probarse y si esto no ocurre es evidente que sobre las retractaciones deben prevalecer las primeras imputaciones hechas, porque de no estimarse así, resultaría que cualquiera que imputara un hecho delictuoso a una persona en un momento dado se podría poner de acuerdo con ésta y al celebrarse los careos retirara su dicho en detrimento de la buena administración de justicia y de la interpretación lógica y jurídica de los elementos de prueba allegados al procedimiento. (Primer Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, S. J. F., Parte VIII-agosto, Tesis VI.1o. J/60, p. 114. NOTA: Esta tesis también aparece publicada en la Gaceta del S. J. F., número 44, de agosto 1991, p. 50.) CAREOS. RETRACTACIÓN EN LOS. NO FUNDADA. Si bien es cierto que los careos, son un medio de buscar la verdad histórica del proceso, esto no debe entenderse en el sentido de que si en dichas diligencias existen retractaciones, éstas no deben fundarse, pues de ser así, resultaría que cualquiera que imputara un hecho delictuoso a determinada persona, en un momento dado se pusiera de acuerdo para retractarse de la acusación al momento de verificarse los careos, y esto iría en contra de la buena administración de justicia y de la interpretación lógica y jurídica de los medios de prueba allegados al procedimiento. (Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, S. J. F., Parte VI, Segunda Parte-1, Tesis VI.2o. J/59, p. 331. NOTA: Esta tesis también aparece publicada en la Gaceta del S. J. F., número 34, octubre de 1990, p. 96. La presente tesis no fue reiterada como vigente, según los acuerdos a que llegó la Comisión Coordinadora encargada de los trabajos para la publicación del S. J. F. de 1917-1995.) CAREOS, ACLARACIONES Y RETRACTACIONES ILEGALES EN LOS. Cuando en la diligencia de careo el testigo singular, coacusado, hace aclaraciones y rectificaciones que benefician al reo, si estas no se apoyan en algún medio de prueba o en alguna circunstancia que las haga creíbles para tomarlas en

ello sin atender al fin constitucional de los careos. El cual en su fondo mira a la garantía de confiar en las declaraciones que se vierten dentro del debido proceso en vez de las que se dan antes de él. Como acontece con las versiones que se dan durante la averiguación previa; esto es, con relación a las que se obtienen de manera unilateral, en secreto y sin la intervención del juez, del inculpado y de su defensor. Motivos que deberían ser bastantes para que fuese una excepción la práctica actual de invalidar la abdicación en el debido proceso respecto a un testimonio que se dio en la averiguación en aquellas condiciones. Porque de no ser así: ¿Dónde queda la garantía y el fin de ser careado? La ineficacia de la abdicación podrá ser admisible cuando ella sea en sí misma notoriamente inverosímil. O porque haya datos que consten en autos que demuestren la falsedad de los motivos de la dimisión. Pero de ninguna manera la renuncia puede simplemente dejarse de lado por el hecho de que el testigo ya declaró de otra manera durante una averiguación que es secreta, en la que no hay intervención judicial y están ausentes las condiciones de igualdad de las partes. ¿Mas qué se puede decir? Si en la misma línea de pensamiento cuando el testigo de cargo y el inculpado se sostienen en sus dichos sin mayor razón en la sentencia se le da preferencia a la versión del primero sobre la declaración del segundo. ¿Dónde queda así el principio de la sana crítica para valorar los medios de prueba?³² A lo que se suman las ficciones legales del orden sustantivo penal y del mismo procesal —como la de estimar que el cuerpo de muchos delitos se comprobaba con la mera confesión—.

De aquí que si la judicatura complacía la injusta simulación y el abuso de poder antes dichos. A grado tal que la Suprema Corte y los tribunales con sus tesis habían facilitado el camino. Y con sus criterios tácitamente se le dio respaldo a esos procedimientos... ¿qué necesidad había entonces de destinar importantes recursos —de los ya de por sí exiguos—, además de tiempo, esfuerzo y dedicación constante y a largo plazo para depurar, seleccionar, capacitar y equipar cuerpos de policía, agentes del Ministerio Público y auxiliares? Lo mismo que a jueces y secretarios. Todos ellos honestos y de carrera. En realidad, con relación al respeto a la Constitución y a los derechos humanos, con aquellos criterios era y es otro el ejemplo —de juego sucio— y el mensaje —de trampa— para todos los integrantes del sistema penal, lo mismo que para los inculpados, los defensores y a los particulares que de alguna forma se veían —y se ven— involucrados en el procedimiento penal. En suma, en muchos casos la justicia parece actuar y administrarse, pero no procurarse ni impartirse. Esa fue la situación prevaleciente de la justicia penal en México durante casi todo el siglo XX y la cual en cierta medida aún persiste en descollar.

consideración, no pueden surtir efecto legal alguno en el juicio de amparo, como concepto de violación. (Primer Tribunal Colegiado Del Séptimo Circuito, S. J. F., Parte I, Segunda Parte/1, p. 163, Amparo directo 1039/87, Vicente Javier del Ángel de la Paz, 10 de febrero de 1988, unanimidad de votos. Ponente: Antonio Uribe García. Secretaria: Josefina Mora Dorantes.)

³² Los artículos 373 y 444 del nuevo CPPC dan ahora soluciones que salvan las críticas que se señalan. Pues disponen: ARTÍCULO 373. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA OMISIÓN DE CAREOS CONSTITUCIONALES. La práctica de los careos constitucionales es necesaria para la conclusión válida de la primera instancia. Excepto cuando no se lleven a cabo por inasistencia injustificada de quien, sin ser el inculpado, deba ser careado, no obstante que se le citó para la diligencia; o el juez dejó a cargo del Ministerio Público el citatorio para que por sí o por conducto de la policía ministerial lo cite o pueda presentarlo directamente. En cuyo caso, no tendrán validez legal las declaraciones del denunciante, querrelante, captor o testigo sobre hechos que le consten en contra del inculpado. En los demás casos, la omisión de careos constitucionales dará lugar a la reposición del procedimiento, si es que ello afectó a la defensa del acusado, por trascender de manera determinante en su perjuicio al resultado del fallo. ARTÍCULO 444. VALORACIÓN DE CAREOS. Se concederá eficacia a la abdicación cuando en careo, alguno de los careados se allane a la declaración del otro; salvo que exista duda razonable, por lo menos, que revele falsedad en ella. Si los careados persistieron en sus declaraciones, el juzgador decidirá si hay o no hay motivos razonables para descartar o no descartar a alguna de aquéllas o a todas.

Las aporías, las falacias y las disfunciones de la legislación

Mas sería incorrecto —o al menos incompleto— señalar los criterios judiciales injustos y la insuficiencia protectora de muchos otros, sin denunciar otro factor jurídico principal que con mucho contribuyó a llevar al sistema penal mexicano a excesos autoritarios, y, además, a la ineficacia y disfuncionalidad reales. Ese factor lo fue sin duda la propia legislación penal mexicana —y el entendimiento de ella— que prevaleció en el siglo pasado durante más de setenta años. Y el que todavía persiste en imperar. Un código penal federal de 1931 hasta antes de sus reformas de 85-94 —y los de la gran mayoría de los estados de esa época— de corte positivista y totalitario. Entre ellos el de Coahuila de 1941 y —en menor medida— el de 1982 hasta antes de sus reformas de 91-94.

Dígalo si no: cuando el código penal federal de 1931 —y los códigos locales que le siguieron— facilitaron concebir a la conducta como manifestación de una voluntad "ciega". Ésta se limitaba a determinar las formas externas del acto u omisión, pues para que la conducta existiera no importaba el contenido de fin de la voluntad ni el conocimiento del hecho. ¿Qué se podía decir? Si aún cuando se decía que el análisis de aquellas cuestiones se haría en la culpabilidad, dicho examen de antemano se frustraba con la "presunción de intencionalidad". Presunción que subsistía aunque se probara que el sujeto no quiso el resultado que produjo o que erró sobre las circunstancias del hecho u obró con la creencia equivocada de que la conducta era lícita o ignorando el alcance penal de la ilícita.³³ Menos interesaría entonces determinar el fin del autor o su dominio del hecho, ni la ignorancia o el error; ni nada de la conciencia de ilicitud penal o la falta de ella; y ni que decir de si hubo o no hubo posibilidad razonable de ajustarse a la prohibición penal. ¿Qué se podía decir? Si durante lustros los códigos penales omitieron conceptuar la intención y la imprudencia de las que se estimó que —alternativamente— colmaban el concepto de culpabilidad. Y, además, ¿qué necesidad había de dar un concepto legal del dolo si en todo caso operaba la presunción legal de la intención? Y ni que pensar siquiera en fundamentar la falta de necesidad racional de la pena en ciertos casos límite. Todo lo cual, si se le suman las demás consideraciones, condujo en el plano formal y en la práctica material a privilegiar el "versare in re illicita" para imponer penas por el resultado. Atentándose de esta manera contra el principio de culpabilidad y, por añadidura, contra la garantía de "presunción de inocencia".³⁴ ¿Era y es eso regular conductas humanas en la ley penal y probarlas en el proceso? ¿Y era y es eso regular en dicha ley la falta de motivación responsable contra lo que se prohíbe penalmente en la ley? ¿O qué acaso en el Derecho Penal Mexicano —al menos en el

³³ La presunción de intencionalidad y las implicaciones que se apuntan, estuvieron vigentes en el artículo 9° del CPF hasta el 10 de enero de 1994, fecha en que se reformó ese artículo, según publicación en el Diario Oficial de la Federación.

³⁴ México forma parte de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" suscrita en San José de Costa Rica y del "Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos" suscrito en la ciudad de Nueva York, E. U. A., ambos aprobados por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980, según decretos que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981. Ahora bien, el inciso 2-8 del artículo 7 de la Convención, relativo a "Garantías judiciales", dispone: "Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Por su parte, el Pacto, en su artículo 14 inciso 2 señala: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se «pruebe» su culpabilidad conforme a la ley". (El corchete es mío.) Tales mandatos forman parte de nuestro Derecho vigente y son Ley Suprema de toda la Unión, de acuerdo con el artículo 133 C. El artículo 157 de la Constitución Política del Estado de Coahuila consagra "el derecho de toda persona a la presunción de inocencia". Y el artículo 50 del CPC dispone que "toda persona se presume inocente hasta que, previo el debido proceso legal, se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoria." En la Constitución federal, esa garantía también se coliga de la exigencia de la prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad, lo cual a su vez se deduce de los artículos 16 párrafo segundo y 19 de la carta fundamental. En efecto, si para iniciar proceso penal la C. exige que esté comprobado el cuerpo del delito y haya causa probable de la responsabilidad del inculcado; a mayoría de razón, para que a esa persona se le condene, habrá de estar comprobada y declarada su responsabilidad, previo el debido proceso. El artículo 50 del CPC dispone: "Toda persona se presume inocente hasta que, previo el debido proceso legal, se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoria"

que debiera existir en un estado de derecho— no importa atender al ser humano y al contexto en el que se dio su conducta? ¿Y qué se podía decir? Si en lugar de un sano principio de culpabilidad que de entrada anulaban los códigos penales, éstos a su vez optaron por el de la "peligrosidad" o "temibilidad" para fundar y medir la pena.³⁶ Y para agravarla tomaron como motivo a la "reincidencia", pasando así por alto al principio del hecho y que se traduce en la garantía de que se juzgue por la conducta que fue materia del proceso.³⁷ Y no por posibles conductas anteriores, futuras o diversas a aquella y de que a la misma conducta no se le juzgue ni puna más de una vez.³⁷

Dígame si no: cuando con relación a los delitos de resultado por omisión, en el plano formal se prescindió de las fuentes jurídicas del deber de actuar cuya violación fundara la omisión. Y con ello, en el ámbito material se dio a los jueces poderes creadores de esos deberes, con violación de la garantía de legalidad en los delitos.³⁸ ¿Qué se podía decir? Si también se omitió dar reglas para decidir el "nexo causal". Y cuando sólo se limitó en parte la extensión ciega de la causalidad a la cual condujo la admisión jurisprudencial de la teoría de la equivalencia de las condiciones.³⁹ Ni que decir también de los tipos penales "abiertos" debido a su vaguedad y amplitud, al igual que de los tipos "en blanco" que permiten acudir a fuentes meta-legales y de los elementos normativos "abiertos" en los mismos tipos penales sin cláusulas regulativas que los limiten. ¿Pues qué se puede decir? Si aún se tolera la deslegalización de los ámbitos del tipo penal para fundar las prohibiciones de las normas penales en preceptos distintos a la misma ley penal y sin que esta haga reenvíos expresos a tal efecto: desde reglamentos hasta disposiciones administrativas internas; ampliándose así en forma desmesurada el ámbito del poder punitivo en detrimento de la garantía de estricta legalidad de los delitos que prevé el artículo 14 C. Parece olvidarse así que sólo la ley penal puede ser la fuente de las normas penales. Menos habría que inquietarse entonces por las múltiples expresiones normativas "abiertas" en el orden cultural de numerosos tipos penales, tales como "obscena", "degenerado" "pornográfico", contamine o dañe en forma

³⁶ Los artículos 51 y 52 del CPF dispusieron hasta el 10 de enero de 1994 que la pena se individualizaría de acuerdo con la peligrosidad del sentenciado. Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación en la fecha que se indica, inició su vigencia la reforma de esos artículos, por la cual se suprimió ese criterio. Ver, además, los CAPÍTULOS SEXTO y DÉCIMO QUINTO.

³⁷ Esta garantía se infiere y colige del principio de legalidad estricta del artículo 14 C., con relación a la exigencia de la prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad, que se deduce del párrafo segundo del artículo 18 C., y del artículo 19 de la misma carta fundamental.

³⁸ Así lo dispone el artículo 23 C.

³⁹ Las fuentes jurídicas del deber de actuar cuya violación fundara la omisión se incluyeron el artículo 7° del CPF hasta el 10 de enero de 1994, según reforma a ese artículo que se publicó en esa fecha en el Diario Oficial de la Federación.

⁴⁰ El CPF y el CPDF carecen de una fórmula general que resuelve los problemas de causalidad o del "nexo causal" y sólo lo hacen con relación al homicidio (artículos 303 a 305 del CPF y 303 a 304 del CPDF.) Por su parte, a partir de 1994 se estableció la tesis jurisprudencial siguiente: NEXO DE CAUSALIDAD. Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad. (Tercer Tribunal Colegiado Del Cuarto Circuito, Amparo directo 485/94, Andrés Béjar Méndez, 10. de febrero de 1995, unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Ángel Torres Zamarrón. Octava Época, S. J. F., Tomo XV-II, febrero, Tesis IV. 30.144 P. p. 415.) Como antecedentes, están también las siguientes tesis de la SCJN: RESPONSABILIDAD PENAL NEXO CAUSAL. El hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta, por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo que causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la conditio sine qua non, sin que sea preciso acudir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad. (Amparo directo 6619/58, Baldomero Berino Rangel, 18 de agosto de 1959, 5 votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. Sexta Época, Primera Sala, S. J. F., Tomo XXVI, Segunda Parte, p. 134.) Tesis relacionada con Jurisprudencia 228/85. Además, ver al respecto el número III del CAPÍTULO DÉCIMO.

“grave” el medio ambiente, medio de “extrema” violencia, aviso “adecuado”, “depravación sexual”, “medio social” del ofendido, “crueldad”, “brutal ferocidad”, “casta” y “honesta” en materia sexual, ganado “mayor” o “menor”, etc. Relegándose así al principio de legalidad —como ley cierta— para dar paso al mero decisionismo judicial. ¿Era y es eso respetar el derecho a la certidumbre de la ley que involucra la garantía de legalidad penal? ¿O qué acaso para expandir el poder punitivo del Estado —al menos en el que se debiera ejercer en un estado de derecho— no importa atender a la ley como fuente de aquél? Más aún cuando son las conductas de ese ser humano las que se prohíben y se sancionan con pena. Y más todavía cuando la regla general es nuestro amplio derecho constitucional de libertad de acción y la excepción debiera de ser la prohibición de no realizar sólo ciertas conductas que cada tipo penal especifique en un ámbito cierto y definido —que por ello habría de ser «cerrado»— por la propia ley.

Pero a esos factores legales del ámbito sustantivo se les sumó con fuerza el autoritarismo y el engranaje fullero de la propia legislación procesal penal mexicana. Mismos que prevalecieron en la práctica del siglo pasado. Y los cuales al iniciarse este siglo aún tienen signos trascendentes en la mayor parte de los códigos de la república y en la realidad cotidiana. Un código federal de procedimientos penales de 1941 y los de muchas entidades federativas de cortes antigarantistas en aspectos importantes de su regulación. Pues, ¿qué se podía y se puede decir? Si una gran porción de códigos de procedimientos penales omitían y aun omiten regular muchas de las garantías en la averiguación previa. Y lo que es peor, daban y dan una regulación nugatoria de ellas o incluso francamente contraria a las mismas. O lo que no es mejor, con escamoteo de esas garantías por la redacción tramposa de los preceptos secundarios que las acompañan. Dígalo si no: Cuando al concluir el pasado siglo, al menos veintinueve legislaturas locales —y también la federal— aun no reglamentaban la garantía del artículo 21 C. para impugnar en vía jurisdiccional —y no en la administrativa— el inejercicio de la acción penal. No obstante que hacía más de cinco años que ese imperativo se había establecido como garantía de víctimas y ofendidos en la propia Constitución.⁴⁰ Menos todavía habría que regular a sus causas equivalentes, como cuando no se admiten, ni se acuerdan, ni se desahogan pruebas que ofrece el ofendido o la víctima —y ni que se diga respecto de las que ofrecen el inculcado o su defensor—. Como tampoco cuando se omite ejercitar la acción penal sin determinar que no se ejercita. Ni cuando se le ejercita por un delito pero se le omite por otros. Y nada cuando se acciona por un delito pero sin incluir a sus circunstancias agravantes.⁴¹ Y ello no obstante que el inejercicio unilateral y sin control jurisdiccional —externo e imparcial— de la averiguación y de la acción penal tanto ha contribuido a deslegitimar a la Institución del Ministerio Público en México.⁴² Dígalo si no: cuando más de las dos terceras partes de esas legislaturas poco han regulado sobre las garantías de los ofendidos y las víctimas en la averiguación previa y en el proceso.⁴³

⁴⁰ Hasta mayo de 1999 sólo Baja California y Coahuila habían legislado en vía jurisdiccional acerca de los recursos en contra las determinaciones de no-ejercicio de la acción penal.

⁴¹ En el artículo 9° del nuevo CPPC se consideran recurribles ante los tribunales unitarios de distrito del estado muchos otros actos y omisiones del Ministerio Público durante la averiguación previa y al ejercitar la acción penal, como equivalentes a la determinación de no-ejercicio de la acción penal y, por tanto, como. En tal sentido, el artículo 9° del nuevo CPPC amplió la garantía del tercer párrafo del artículo 21 C. y supera con creces lo que ahora prevé el nuevo apartado B del artículo 20 C.

⁴² Resta ver ahora el trato que dé la legislación federal y del orden común a la nueva garantía del apartado B fracción II, del artículo 20 C.; la cual dispone que el ofendido tendrá derecho a *“coadyuvar con el Ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. Cuando el Ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.”*

⁴³ En septiembre de 2000, se edición una apartado B al artículo 20 C, que recoge las garantías de los ofendidos y víctimas. El nuevo CPPC ya contempla esas garantías y las amplía considerablemente. Ver los artículos 43 y 45 a 50 del CPPC.

Dívalo si no: cuando entre las facultades del Ministerio Público durante la averiguación previa se desliza la de poder ordenar la "presentación" de inculpados sin más condición de que aquél así los considere y sin que antes se les haya citado formalmente ni hubiesen incumplido presentarse. No importa, pues, que la ejecución de esa "orden de presentación" no se distinga en lo absoluto de la orden judicial de comparecencia de la cual la SCJN ha sostenido que requiere de los mismos requisitos que la orden de aprehensión. Agravándose de hecho esa "presentación" cuando al inculpado o al testigo se les traslada fuera de su ciudad y/o se les hace permanecer ante el Ministerio Público por más de un día⁴⁴ y también cuando aquella se le emplea como subterfugio para así arraigar a las personas. Arraigos que permite la ley casi sin ninguna restricción en cualquiera de sus modalidades.⁴⁵ Y más aún cuando entre las medidas de arraigo se introduce desde la de internar al inculpado en un "cuarto" de hotel⁴⁶ hasta la de aislarlo en "casa de seguridad" sin posibilidad de salir de ellos.⁴⁷ ¿Qué diferencia existe entonces entre el aforo material de esas medidas y el hecho de la privación de la libertad personal? Ninguna.

Dívalo si no: cuando durante la averiguación previa el Ministerio Público no le admite al inculpado la designación de defensor que hace por escrito, ni por ende, que así el defensor tenga acceso a las constancias de aquella averiguación y ofrezca pruebas, pues para ello aquél estima necesario que el mismo inculpado antes se presente personalmente a "ratificar" su designación. No importa así que la designación por escrito de defensor no sea una "promoción" ni una "petición" —artículos 20 del CPF y 30 del CPDF— sino el simple pero fundamental ejercicio de una garantía constitucional —artículo 20-A-II-VIII de la C.— cual es —precisamente— la de designar persona que le defienda. Misma garantía que la ley no limita de tal modo durante la averiguación previa —artículo 20-A-párrafo-último de la C.—. Sin que sea válido el alegato de que —con base en los artículos 128-III del CFPP y 270-III-Bis del CPPDF— sólo se podría hacer valer aquella salvaguardia cuando el inculpado sea detenido o se presente a declarar ante el Ministerio Público. (Y el cual implica que el inculpado no podría contar con un defensor durante la averiguación previa ni aún presentándose a ratificar el escrito en el que designe persona que lo defienda, si acaso aquél no es detenido o no se presenta precisamente a declarar.) Y tal aberración es como se indica, porque los artículos 128-III del CFPP y 270-III-Bis del CPPDF se concretan a prever "...que cuando el inculpado sea detenido o se presentare a declarar se le hará saber los derechos que le otorga la Constitución...". Y el que al inculpado se le tengan que decir sus derechos constitucionales cuando (1) sea detenido o (2) se presente a declarar ante el Ministerio Público, de ningún modo significa —ni la ley lo dispone así— que sólo con motivo de la detención o de la comparecencia para declarar sería cuando el inculpado ya tendría el derecho constitucional de designar defensor, pero no antes ni fuera de esos casos.⁴⁸ Porque lo cierto es que la existencia de un derecho —y el correspondiente deber de respetarlo— no depende de que la misma autoridad se lo dé a conocer a quien lo tiene, ni tampoco la ley hace depender de tal condición ni de aquellas situaciones, el derecho del inculpado a designar defensor durante la averiguación

⁴⁴ En algunos casos más de un día, según se reporta con frecuencia en los medios de comunicación del DF.

⁴⁵ Ver artículos 133 bis del CFPP, 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, 270 y 270 bis del CPPDF, 219 y 220 del CPPC.

⁴⁶ El artículo 220 del CPPC así lo prevé expresamente.

⁴⁷ El artículo 133 Bis del CFPP prevé el arraigo "domiciliario", sin sujetar a ese "arraigo" a ninguna restricción, ni precisar qué se entiende por "domiciliario".

⁴⁸ El CPPC adopta una posición garantista más clara respecto a los derechos del inculpado y su defensor en la averiguación previa. Ver artículos 53 y 57 a 63 del mismo CPPC.

previa. Dígalo si no: cuando muchos códigos todavía permitan discutir si se brinda o no se brinda una defensa adecuada cuando un pariente o amigo que es iletrado en derecho "asiste" a la persona inculpada en su declaración ante el Ministerio Público. Lo que se viene a empeorar con la tesis jurisprudencial de que en tales casos es válida la designación de la abuelita o de la amiga —aunque no conozcan de Derecho— ya que su interés en ayudar y apoyar al inculpado sobrepasaría con creces su falta de conocimientos.⁴⁸ ¿Garantía de «defensa adecuada» o garantía de «apoyo moral»? Dígalo si no: cuando la regla general casi absoluta es que durante la averiguación previa el Ministerio Público aporte y desahogue los medios de prueba ante y por sí mismo, sin necesidad de que se repitan en el proceso —o incluso sin que se admita que sea en la misma averiguación previa que se presenten al juez para su desahogo con intervención del inculpado y su defensor—. Ausencia que, de entrada —quírase o no se quiera— coloca a los inculpados en desigualdad procesal con relación al mismo Ministerio Público.

¿Porqué no pensar pues en el argumento de Machorro Narváez? Él fue constituyente de nuestra C. de 1917 y sostuvo que en la regulación constitucional de la averiguación previa se entendió que ella era —o habría de ser— una auténtica "instrucción", en cuanto le competía al Ministerio Público buscar las pruebas con auxilio de su policía, más para luego presentarlas ante el juez en esa misma averiguación (salvo las primeras diligencias cuyo desahogo fuere urgente.)⁴⁹ Sin que contra esa postura sea válido el mito de la secrecía de la averiguación previa, porque tan es verdad que la reserva de la averiguación es necesaria para buscar las pruebas, como igual lo es que esconderlas deja de tener sentido cuando aquellas ya se encontraron y que, precisamente por eso ya es posible y necesario su debido desahogo formal. En otras palabras, podrá ser admisible el secreto de la investigación para buscar pruebas, pero para efectos de igualdad y transparencia resulta intolerable el ocultamiento de toda la averiguación previa, precisamente cuando las pruebas investigadas ya se encontraron, y sin que siquiera al inculpado ni a su defensor se les permita obtener copia de ellas. ¿Porqué no desahogarlas entonces ante un juez? Con lo cual se respetaría la igualdad en el procedimiento, además de la deseable publicidad de tal presentación. Además, así se garantizaría su honestidad. Porque la mitológica secrecía absoluta de la averiguación facilita su manipulación, su "filtración", el juego sucio y la impunidad. O dicho de otro modo, el que se oculte la averiguación previa favorece la corrupción y el abuso de poder. Transparentándola de aquella manera ya se daría un vuelco sustancial a la misma averiguación, al menos de como se le trata actualmente, garantizando así la igualdad y la honestidad en el desahogo de las pruebas y daría los cimientos para su confiabilidad.

⁴⁸ La tesis en cuestión es la siguiente: DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. EL INDICIADO TIENE LIBERTAD PARA DESIGNARLO AUNQUE CAREZCA DE TÍTULO PROFESIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN IX, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.) De acuerdo con lo dispuesto en el precepto constitucional mencionado, el acusado tiene una facultad amplísima para designar a la persona o personas que se encarguen de los actos de su defensa, pues ésta puede ser llevada por el propio sujeto o por otra persona que libremente designe, sin más limitación que la de ser de su confianza porque el Constituyente consideró necesaria la concesión de una plena libertad a los indiciados para decidir por quién desean ser defendidos dentro de un procedimiento penal, sin exigir que se trate de un profesional del derecho, pues una defensa adecuada no sólo la pueden ejercitar los profesionales del derecho, sino también diversos ciudadanos, que sin tener la calidad de abogados, debido a sus nexos de amistad o de parentesco con el inculpado, poseen mayor interés personal para ayudarlo y protegerlo o en el caso en que la defensa la ejerza por sí mismo, por tratarse precisamente del interesado, es notorio su interés en defenderse. (Novena Época, Pleno, S. J. F. y su Gaceta, Tomo XI, Abril de 2000, Tesis: P. L/2000, p. 89, amparo en revisión 1052/90, 17 de octubre de 1991, unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Marcos García José. Amparo directo en revisión 816/97, 15 de marzo de 1999, once votos. Ponente: José de Jesús Gudño Pelayo. Secretaria: Felisa Díaz Ordaz Vera. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintiocho de marzo en curso, aprobó, con el número L/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de marzo de dos mil.)

⁴⁹ Paulino Machorro Narváez, "El Ministerio Público, la intervención de tercero en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución", Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, DF., 1991, p. 13. Nota: La primera edición de este trabajo la publicó la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.

Mas dígalos si no: cuando la mayoría de los códigos procedimentales ve como simple "presunción" a la causa "probable" de la responsabilidad penal.⁵¹ No obstante que la "presunción" puede basarse en un indicio o en indicios vagos, lo cual está muy lejos de la expresión "datos bastantes" que emplea el artículo 19 C. para regular esa garantía. La alocución "datos bastantes" equivale a indicios graves convergentes o concurrentes y sin que se les opongan indicios de igual gravedad a menos que jurídicamente se puedan descartar.⁵² Pero dígalos si no: Si no obstante así el CFPP homologa los medios de prueba a indicios y a la vez omite señalar cuándo en realidad hay un indicio y cuándo hay prueba indiciaria.⁵³ Sin que parezca importar que el indicio sea realmente un dato fáctico del cual es posible inferir el hecho o parte del hecho que se investiga y que, por ende, con frecuencia son necesarios varios medios de prueba para apenas fijar un indicio, sin que en esos casos se pueda decir que ya hay diversos indicios porque fueron varios los medios de prueba, siendo que en realidad estos apenas constituirían aquél indicio.

Dígalos si no: Cuando el artículo 134 del CFPP dispone que cuando aparezca que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado en los términos del artículo 168, *"el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la «forma de realización de la conducta», los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea"*. ¿Pero como cuáles circunstancias objetivas —que siempre implica cualquier "forma de realización de la conducta"— podría prever la ley que fuese innecesario acreditarlas plenamente como parte del cuerpo del delito y que, por ende, fuese suficiente la causa probable? Ninguna de acuerdo con el artículo 19 C. A menos que el cuerpo del delito fueren el cadáver y el cuchillo pero no el hecho de un homicidio que nuestros códigos penales definen por la conducta de privar de la vida a otro. Sin embargo, ¿dónde queda la garantía de plena prueba de los elementos objetivos del tipo penal como parte esencial del cuerpo del delito cuando acerca de "la forma de realización de la conducta" —al menos en su aspecto objetivo— la misma ley exige al Ministerio Público de acreditarla? Ya no se trata pues de que el inculcado tenga un acusador, ¡sino de que la ley convierte al juez en cómplice del acusador...! Y quien por imperio de la ley tenga a un acusador como juez, ¡necesita a Dios como abogado! Y dígalos si no: cuando, además, el párrafo segundo de ese artículo 135 dispone que: *"las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizadas por el juzgador «después» de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo"*. Esto es, aunque desde la averiguación previa o dentro del plazo constitucional se llegare a demostrar que no hubo delito por inexistencia de elementos subjetivos del tipo penal: *¡el Ministerio Público tendrá que consignar y el juez iniciar un proceso penal sin que pueda estimar probada una excluyente al resolver sobre la petición de la orden de aprehensión ni tampoco al definir la situación jurídica, sino que tendrá que dictar un auto de formal prisión!* Pero entonces, ¿cómo sería posible en esos casos fundar la categoría de

⁵¹ Como simple muestra, el actual párrafo tercero del artículo 168 del CFPP sólo se refiere a que "... de los medios probatorios se «deduzca» la participación dolosa o culposa... ". (El corchete es mío.) Lo mismo dispone el artículo 122 del CPPDF.

⁵² Ver al respecto el número V del CAPÍTULO NOVENO.

⁵³ Ver los artículos 279 al 290 del CFPP y el artículo 261 del CPPDF.

la probable responsabilidad respecto al dolo en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión, pues si ya hay prueba que demuestra que falta el dolo, es imposible que a la vez pueda haber datos bastantes que sí lo hagan probable? ¿Qué acaso así es como se debe concebir el fin de saber la verdad de todo debido proceso penal? Claro, la ley se compadece del pobre inculpado, porque de acuerdo al artículo en cita, aquél sí tendrá derecho a que el juez analice esas causas de exclusión de delito *¡después del auto de formal prisión!*

Pero dígalos si no: Cuando por decir lo menos, en aquél código es parca la reglamentación del careo constitucional. Y cuando ahora, además de los testigos "pagados" o "protegidos", se intenta una modalidad nueva, la de los testigos de cargo sin cara ni nombre⁵⁴ —aunque por ahora limitada por los careos y por la sentencia si no se conoce la identidad de aquellos—, mas no así en cuanto a las ordenes de aprehensión, ni respecto a los autos de formal prisión ante la eventual inasistencia de esos "testigos" a la diligencia de careo durante el término constitucional. Dígalos si no: cuando en el proceso se le circunscribe a la defensa el derecho a contradecir los peritajes que obtuvo unilateralmente el Ministerio Público durante la averiguación previa, a tal grado que se vuelve nugatoria aquella garantía.⁵⁵ Dígalos si no: cuando existe una confusa y arbitraria regulación sobre la valoración de los medios de prueba y de la prueba misma. En la que no se dice —salvo excepciones— cuándo los medios de prueba son inválidos; ni se distingue entre indicios graves y leves, ni entre su concordancia o concurrencia. Menos se dice qué es duda razonable.⁵⁶ Pareciere ignorarse así que el sistema de sana crítica en la valoración de la prueba es una cosa muy distinta al mero decisionismo judicial.

¿Y qué decir de las reglas de competencia que desconocen a la garantía del artículo 20-A-IV de la C. de ser juzgado por un juez del lugar donde se cometió el delito?⁵⁷ Derecho que no se cancela por la C. cuando se trate de delitos del orden federal, ni cuando el Ministerio Público Federal ejerza su facultad de atracción de delitos del orden común conexos a delitos del orden federal.⁵⁸ ¿Y qué decir de las precarias y limitadas normas por las que se puedan corregir los abusos de poder, la obtención ilícita de pruebas y las diligencias nulas?⁵⁹ ¿Y qué decir acerca de que la acusación se concrete en las conclusiones? Esto es, casi al fin del proceso. Con lo que se pasa por alto que desde la declaración preparatoria al inculpado ya se le debió hacer saber el hecho que se le imputa, para que así "conozca bien la «acusación»", según lo dispone el artículo 20-A-II C. Y cuando el propio juez no puede librar una orden de aprehensión sin que antes se determine el hecho punible materia de

⁵⁴ Ver el artículo 17 de la *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*.

⁵⁵ En los artículos 220 a 236 del CFPP, al igual que en los artículos 182 a 188 y 254 del CPPDF —mismos que se refieren a los "Peritos"—, no se prevé la posibilidad de ampliaciones ni aclaraciones de dictámenes, en especial de los producidos durante la averiguación previa, ni la intervención de las partes al término de las juntas de peritos, para aquellos efectos; menos aun se habría de prever la invalidez del peritaje rendido en la averiguación previa por la inasistencia injustificada de los peritos al proceso.

⁵⁶ Contrariamente al CFPP y al CPPDF que omiten regular la duda razonable —el artículo 247 del CPPDF sólo alude a la duda, pero no dice cuándo procede—: El artículo 450 del nuevo CPPC dispone que: "... existirá duda razonable: 1) Cuando a la prueba del hecho se le oponga otra que no se puede descartar razonablemente. 2.) Cuando no se puedan descartar razonablemente uno más contraindicios o motivos infirmantes." ⁶⁰

⁵⁷ Ver el párrafo tercero del artículo 10 del CFPP con relación a la fracción VI del artículo 20-A C.

⁵⁸ La única excepción a la garantía de ser juzgado en el lugar donde se cometió el delito —fracción VI del apartado A del artículo 20 C. — es cuando el delito (del orden federal) no se comete en el territorio mexicano en estricto sentido. Sin que contra lo que señala el texto expreso de la C. sea válido el argumento de que la garantía en realidad sólo se refiere al derecho de ser juzgado en el lugar del delito cuando se trate de un jurado popular porque ese habría sido el fin del constituyente, según se razona en la tesis cuyo rubro y contenido se consigna en la nota 394 a pie de página. Y es que una cosa es lo que habría querido decir el constituyente y otra la es lo que dijo —y dice— expresamente en la C.

⁵⁹ Compárese la ausencia de nulidades de esa clase en el CPPDF —salvo las causas de invalidez de la confesión si faltó defensor y por el exceso en los plazos de detención a que se refiere el artículo 18 C.—. Así como la precaria regulación de las causas de nulidad por falta de formalidades esenciales de los artículos 27 bis del CFPP que exige se reclame esa nulidad en la actuación subsiguiente en que intervenga la parte a la que perjudique, además, que ese código sólo se refiere a dos causas formales de nulidad o invalidez de medios de prueba —por no efectuarse la inspección por el funcionario que la debe practicar (artículo 208) y la confesión vertida ante la Policía Judicial (penúltimo párrafo del artículo 287)—, con las cláusulas de invalidez respecto a la obtención ilegal de medios de prueba y diligencias defectuosas de los artículos 84, 88, 72, 76, 77, 151, 183, 184, 188, 191, 210, 210, 263, 264, 282, 296, 338, 374, 387, 403, 436, 439 y 471 del CPPC, así como de las causas de nulidad de pleno derecho, por falta de formalidades esenciales, de los artículos 150, 156, 176 a 183 del mismo código.

la acusación, según se desprende de aquél artículo en concordancia con los artículos 16, 19 y 21 C. Y más aún cuando el artículo 19 C. dispone que ya desde el auto de formal prisión se deben precisar las "circunstancias de tiempo, lugar y los medios de comisión" del delito. Y más todavía, cuando el mismo artículo 19 ordena que "el proceso se deberá seguir forzosamente por el delito que señale aquel auto". ¿Cómo es posible entonces que en la legislación secundaria se regule que la acusación no se concretará sino a partir de la primera instancia o juicio? Esto es, mucho después del ejercicio de la acción penal y de la diligencia de declaración preparatoria cuya principal misión constitucional es la de realizar la garantía de audiencia con relación a la materia de la acusación.

El sistema que perfila nuestra Constitución hasta el auto de formal prisión, proyecta en realidad a esa resolución judicial no sólo para salvaguardar a las personas de privaciones indebidas de su libertad y de las profundas afectaciones que un proceso penal le trae aparejadas a sus otros derechos personales. Y, quiérase o no, a los de su propia familia. Sino también para garantizar a la sociedad que no se empleen espejismos de justicia iniciando procesos penales deleznable en la prueba de hechos muchas veces "indeterminados" y en los que por ello es ya previsible la absolución del inculcado y los que por tales motivos son también arbitrarios y atentatorios de la libertad personal y las garantías individuales, al igual que de ninguna manera constituyen actos benéficos para la sociedad. Asimismo, ¿qué acaso es válido consignar por hechos imprecisos, de tal manera que en la declaración preparatoria el inculcado no pueda saber todavía en qué se hace consistir concretamente el hecho, ni en qué se hace consistir su forma de intervención en el mismo? Porque si ya se solicitó orden de aprehensión por un «hecho» que la ley prevé como delito (artículo 16 C.) y en la declaración preparatoria se ha de precisar la acusación en aquellos términos —incluso al consignar con detenido cuando sea en flagrancia—. (Artículo 20-A-II C.) Y luego se ha de fijar la litis al dictar formal prisión, precisando judicialmente los hechos y los puntos de Derecho aplicables con base en la prueba del cuerpo del delito y la causa probable de la responsabilidad del inculcado. (Artículo 19-párrafo tercero C.) Consecuentemente, el dictar un auto de formal prisión aparece que ya desde antes haya acusación por un hecho determinado suficientemente probado y, además, que antes de tal auto se permita al indiciado una audiencia cabal. Dándole —con base en ello— una íntegra oportunidad procesal para su defensa. Para que contradiga probatoriamente el hecho en que se basa la acusación. Tal como lo consagra el párrafo segundo del artículo 19 de nuestra carta fundamental. Y, por ende, que se valore debidamente la contraprueba que ya exista o que en esa fase se llegue a aportar. De tal guisa que si se dicta auto de formal prisión es porque se espera llegar al plenario — primera instancia o juicio— con motivos y argumentos bastantes que permitan esperar la condena de quién — con base en una acusación por hecho determinado y la prueba que le soporte— se estima culpable del delito. De aquí que dentro de la estructura constitucional del proceso penal, el auto de formal prisión sugiera positivamente abrir la antesala del "plenario" o "juicio", más que el inicio de una instrucción judicial "averiguatoria". Pues así como la carta fundamental no autoriza detener para investigar, menos permite ordenar la aprehensión y dictar formal prisión para luego indagar. Como Díaz Aranda objeta bien: "¿Qué acaso

es detener, consignar y en el proceso averiguar?".⁸⁰ Porque así es como ciertos sectores de la doctrina tradicional y acrítica mexicana han venido considerando incorrectamente al proceso penal mexicano. Y porque así es como se regulan los procedimientos penales en la mayoría de las leyes procesales en México. De tal suerte que durante el proceso se pretende llevar al cabo una supuesta "instrucción" que en realidad casi nunca se da, sencillamente porque el Ministerio Público raramente aporta nuevos medios de prueba durante esa "instrucción". Además, al pensar de aquella manera se ignora —ahora sí— a la averiguación previa, que es donde y cuando debería darse una auténtica instrucción con intervención judicial. Averiguación previa que también se norma por el artículo 19 C. Porque de ese precepto constitucional se infiere con claridad meridiana que la averiguación previa es la fase durante la cual el Ministerio Público ha de reunir los datos bastantes que demuestren el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad penal del inculcado. Condiciones que son indispensables para ejercitar la acción penal (cuyo monopolio le concede el artículo 21 C. a la misma Institución del Ministerio Público.)

Por otra parte, la doctrina "oficial" predominante pasa por alto que desde que se promueva la aprehensión se ha de precisar el "hecho" que prevea la ley penal como delito. De no ser así, ¿dónde queda entonces la garantía de que a la orden de aprehensión le debe preceder la precisión de un «hecho» que la ley prevea como delito? (Artículo 16 C.) ¿Y más que aquella, dónde queda la garantía del artículo 20-A-III de la C. que regula a la declaración preparatoria? La cual parte de que el inculcado "conozca el «hecho» punible que se le atribuye" como materia de la "acusación". Y sólo "para que lo conozca bien", es que después de que se cumpla con lo anterior, al mismo inculcado se le hará saber "la naturaleza" —el delito— y "causa" —las pruebas— de la "acusación." Y asimismo, ¿dónde queda la garantía del artículo 19 C? Por la cual el hecho que la ley prevé como delito y éste mismo deben quedar judicialmente determinados y, además, delimitados jurídicamente en el auto de formal prisión, en el que "se precisarán lugar, tiempo y circunstancias de ejecución" del hecho y el delito por el se deberá seguir el proceso. En suma, la acusación por un hecho determinado que la ley prevea como delito es la que debe marcar el inicio de la acción penal antes de la orden de aprehensión. Y es en la declaración preparatoria —y no después— que se ha de dar al inculcado un cabal conocimiento del contenido material de aquella acusación. (En la cual se precise en qué se hace consistir tan el hecho delictivo como la intervención concreta que se le atribuya al inculcado.) Y —sólo después de que eso se cumpla— para que la conozca mejor en la misma diligencia se le hará saber al indiciado la naturaleza y causa de la acusación. Por lo que si el cuerpo del delito es la concreción histórica-fáctica de los elementos del tipo penal. Y el auto de formal prisión conlleva siempre la compaginación del delito con las categorías procesales del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal, a efecto de que se examine la prueba del primero y la causa probable de la segunda. La conjunción de esas dos categorías procesales siempre equivaldrá entonces al delito. Ni más, ni menos. Salvo que se incurra en el despropósito de seguir procesos —y dictar luego condenas— por hechos que de antemano la ley penal no considera delitos. De esa manera es que el artículo 19 C. dispone que desde el auto de formal prisión se deban ya precisar las circunstancias de tiempo, lugar y circunstancias de ejecución del delito. Y más

⁸⁰ Enrique Díaz Aranda, "¿Detener, consignar y en el proceso averiguar?", en *Criminalia*, año LXV, N° 1, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Editorial Porrúa, S. A., México, enero-abril, 1999, p. 43

aún cuando el mismo artículo 19 ordena que el proceso se deberá seguir forzosamente por el delito que señale aquel auto.

En el anterior contexto, la actividad probatoria después del inicio de la acción penal y antes del auto de formal prisión le incumbe al inculcado y a su defensor. Los que ya deben saber cuál es la acusación material concreta. Esto es, saber de qué hecho e intervención históricamente concretos —previstos en la ley como delito— se acusa al inculcado, toda vez que la garantía de la declaración preparatoria parte de que aquél conozca el hecho punible que se le atribuye como materia de la acusación. Y después del auto de formal prisión la actividad de prueba le toca —principalmente— al inculcado y a su defensor, en cuanto a los medios de prueba que no pudo ofrecer o que por causa justificada —o injustificada— antes no se desahogaron. Y respecto al Ministerio Público para que en su caso ofrezca pruebas conducentes que vuelvan la probable responsabilidad en plena. Y aquél pueda controvertir conindicios menos graves o configurantes de una situación opuesta. Para excluir en tal evento la duda razonable. Y en virtud del principio de bilateralidad de la audiencia aquél también tenga la intervención que le corresponda en el desahogo de medios de prueba de la defensa y pueda refutar los mismos. Sólo así cabe sensatamente hablar de un sistema acusatorio en un procedimiento penal congruente con los ideales de un estado de derecho.⁶¹

⁶¹ Es importante mencionar otra vez la regulación del nuevo CPPC. La cual —en mi concepto— asume ahora en tales tópicos una postura más acorde con las bases de un sistema acusatorio ajustado al sentido de la carta fundamental, al prever que la acusación se concretara desde el inicio de la acción penal, suprimiendo el período de “conclusiones” y colocando en su lugar a los “alegatos”. Por su importancia, transcribo los artículos pertinentes del nuevo CPPC:

ARTÍCULO 34. ACUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO AL INICIAR LA ACCIÓN PENAL, POR HECHO DETERMINADO QUE INTEGRE TIPO PENAL. En Capítulo especial del pedimento por el que inicia la acción penal, el Ministerio Público determinará en proposiciones sencillas y concretas, con relación a cada inculcado:

I. FUNDAMENTOS DE LA ACUSACIÓN. Qué delitos le imputa. Para ello, citará sus nombres y los fundamentos legales que prevean el tipo penal de cada hecho por el que acuse al inculcado. Además, pedirá que se imponga a aquél las penas que correspondan; para lo cual invocará la penalidad legal aplicable a cada delito; con inclusión de las reglas por concurso, según proceda.

II. CONCRECIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL. Qué hecho o hechos determinados motivan su acusación. Cuidándose de precisar, en qué hace consistir la intervención del inculcado y las circunstancias de los demás elementos típicos esenciales para la punibilidad de cada hecho; según el o los delitos por los que lo acuse. Cuando el tipo penal del delito tenga conductas, circunstancias y/o modalidades alternativas, el Ministerio Público precisará en qué hace consistir sólo aquéllas por las que acuse.

En cualquier caso será innecesario que el Ministerio Público relacione por aparte cada circunstancia con su elemento típico. Pero éstas se contendrán en el hecho por el que acuse y, en su caso, motivará en forma especial las circunstancias agravantes.

III. ENUNCIACIÓN DE LOS DATOS QUE INDIQUEN LA CULPABILIDAD PENAL. Qué circunstancias indican la culpabilidad penal del inculcado.

ARTÍCULO 35. DENUNCIA O QUERRELLA POR HECHO DETERMINADO QUE INTEGRE TIPO PENAL. El Ministerio Público al iniciar la acción, se podrá remitir a los hechos de la denuncia o querrela, sólo si en ellas se determinaron aquellos en la forma que prevén las fracciones II y III del artículo anterior.

ARTÍCULO 36. ANTECEDENTES DEL HECHO TÍPICO PENAL. En la acusación del pedimento que inicia la acción; así como en la denuncia o querrela; se podrán incluir en Capítulo aparte los antecedentes que se consideren necesarios de los hechos típicos penales.

ARTÍCULO 37. PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL DESARROLLO VÁLIDO DE LA RELACIÓN PROCESAL. Sólo los hechos que se determinen en la forma que señalan los artículos 34 o 35, se tendrán como acusación de parte legítima para el desarrollo válido del proceso penal.

ARTÍCULO 38. ACLARACIÓN DE PEDIMENTO POR DEFECTOS SUSTANCIALES AL DETERMINAR EL HECHO TÍPICO PENAL. El juzgador ordenará aclarar el pedimento que inicia la acción penal, si en éste se incumple con acusar por hechos determinados de acuerdo con los artículos 34 o 35. El auto que ordene aclarar, contendrá los motivos, razones y fundamentos para esa determinación.

ARTÍCULO 39. FALTA POR DESATENDER LAS GARANTÍAS DE ACUSACIÓN Y AUDIENCIA. Incurrirá en falta el juzgador que no mande aclarar el pedimento que inicia la acción y por el cual se pida orden de aprehensión o comparecencia, sin que en aquél se acuse por hechos determinados conforme a los artículos 34 o 35. Incurrirá en igual falta, si al consignarse con detenido se lleva a cabo la diligencia de declaración preparatoria, sin que la acusación se determine a más tardar al iniciar aquella. En ésta, el Ministerio Público podrá determinar la acusación en forma oral.

ARTÍCULO 40. CONSECUENCIAS PROCESALES POR INCUMPLIR LAS GARANTÍAS DE ACUSACIÓN Y AUDIENCIA. Será motivo para anular de pleno derecho la diligencia de declaración preparatoria; así como las actuaciones y resoluciones posteriores, salvo las que no se puedan renovar; al igual que para ordenar la libertad del inculcado: Si en esa diligencia se omite darle a conocer el o los hechos determinados de que se le acusa; o éstos no se hacen constar en el acta y el Ministerio Público omitió hacerlo antes en la forma que señalan los artículos 34 o 35.

ARTÍCULO 41. CLASIFICACIÓN TÉCNICA DEL DELITO POR EL QUE SE EJERCITA ACCIÓN. El nombre del o de los delitos y los fundamentos que con relación a ellos se invoquen en el pedimento que inicia la acción penal, no impedirán al juzgador reclasificarlos al resolver sobre la orden de aprehensión o de comparecencia; o la situación jurídica del inculcado. La facultad de reclasificar, incluirá los casos en los que los mismos hechos configuren varios delitos y en el pedimento se omitió mencionar algunos de éstos.

Para ello y en cualquier caso, el juzgador se estará a la prueba de los hechos y a la exacta aplicación de la ley penal; pero sin que pueda atender a circunstancias ajenas a la materia de la acusación que perjudiquen al inculcado.

El Ministerio Público o inculcado podrán apelar la reclasificación. Todo proceso se seguirá por los hechos y delitos que señale el auto de formal prisión o sujeción a proceso que quede firme.

Si durante el proceso aparecen hechos delictivos distintos a los que motivan el auto de formal prisión o sujeción a proceso, el Ministerio Público iniciará acción penal por separado; sin perjuicio de decretar la acumulación de procesos cuando sea procedente.

Más si en el proceso aparecen datos que revelen otros elementos alternativos del mismo tipo penal; que lo complementen; o agraven su penalidad; al igual que si el Ministerio Público omitió incluirlos en su acusación: Aquél podrá ejercitar de nuevo acción penal antes de cerrarse la fase probatoria, sirviéndole como base del nuevo ejercicio las constancias del proceso, de las que presentará copia certificada.

¿Y qué decir? Cuando a las indemnidades de aplicación exacta al hecho de la ley penal por el juez y de su exclusiva competencia para imponer penas (artículos 14 y 21 C.) se les subvierte a través de una interpretación torcida de las garantías del sistema acusatorio. Porque con extraña alquimia a la acusación se le hace capaz de convertir al juez en un instrumento que a su vez altere aquellas garantías. Esto es, para que de manera inexorable el juez trastorne las penas legalmente aplicables a los hechos o bien funja como consumidor de la impunidad. Y todo ello porque al acusar se invoque en forma defectuosa la fórmula de la penalidad legal que se deba imponer.⁸² Porque ¿cómo es posible justificar así la exacta aplicación de la ley penal que prevé el artículo 14 C.? Y en aquél contexto, ¿cómo es posible también cohonestar las garantías de ese artículo con las de los artículos 16 y 21 C.? ¿Porqué no ver entonces al sistema acusatorio como lo que él es conforme a la misma C.? Como un régimen de división de funciones que separa a quienes les compete acusar, a quienes les corresponde defender y a quienes les toca juzgar. Pero también como un método de ponderación entre las tareas de acusar y defender en condiciones de igualdad procesal de las partes. Un sistema que separe las acciones del poder del Estado que se manifiestan en el proceso penal entre órganos independientes entre sí. Pero que también armonice con ellos a otras garantías; y, asimismo, haga viables los fines inmediatos y mediatos del sistema penal. ¿Porqué no contemplar entonces a las garantías que se enlazan al sistema acusatorio en una dimensión equilibrada con éste? La cual evite que las acciones de acusar y de juzgar se distorsionen entre sí y procure entre ellas la compaginación debida al igual que con las demás garantías del inculcado. En tal tenor el sistema debe dar curso a la acusación oportuna y a la debida audiencia y defensa adecuada del inculcado. Impidiendo en lo posible y desde un inicio los factores intra-procesales escondidos de impunidad y de trato injusto. Es decir, propiciando un método de pesos y contrapesos que se den desde un principio y no al final para la pronta inmaculación de la causa y el debido proceso penal.

Pues es claro que la acusación vincula a la jurisdicción. Mas sólo la liga en cuanto a los "hechos" que constituyan la materia de la acción penal. El juez no puede atender a hechos diferentes de la acusación sin

Si en la nueva causa se dicta auto de formal prisión que incluya las circunstancias omitidas; o alguna de ellas; se sobreseerá el proceso anterior. En caso contrario, se sobreseerá el segundo proceso.

El inculcado podrá, con la asistencia de su defensor, renunciar a la fase probatoria y pedir que después del auto de formal prisión, se cite a la audiencia final. Al concluir la fase probatoria y antes de citar a la audiencia final, el juez dictará auto preventivo en tal sentido. El que notificará personalmente al Ministerio Público; quien dentro de los tres días siguientes a la notificación podrá pedir pena diversa a las de prisión y multa o corregir las que pidió; o que se aplique regla de penalidad por concurso de delitos; si es que omitió hacerlo antes en su pedimento de inicio de la acción penal o al respecto incurrió en error.

En tales casos, el juez dará vista de ello al inculcado y su defensor y citará a audiencia final. Después de ese plazo, el Ministerio Público no podrá subsanar ningún error u omisión.

ARTÍCULO 42. ACUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y CONCLUSIONES. Salvo el caso que se reclasifique al delito en el auto de formal prisión o sujeción a proceso que quede firme, las conclusiones serán innecesarias. Toda vez que la acusación se concreta desde que se inicia la acción. Por lo tanto, si no se reclasificó al delito, al concluir la fase probatoria se citará a audiencia final. En ella las partes presentarán alegatos si lo desean y se citará para sentencia.

⁸² La tesis siguiente es ilustrativa: **CONCURSO DE DELITO POR DOBLE HOMICIDIO, RESULTA INAPLICABLE POR EL JUEZ, CUANDO NO LO SOLICITÓ EL MINISTERIO PÚBLICO.** Cuando en la secuela procesal se estima demostrada la existencia de un concurso real de delitos, cualquiera que sea el carácter de éste, para que el juzgador de instancia se encuentre en la aptitud de imponer las que correspondan, sólo por el de mayor entidad o bien acumularlas por cada ilícito demostrado conforme a una correcta técnica procesal, dicha actuación judicial debe sustentarse a los lineamientos del pliego de conclusiones del Ministerio Público, quien es el titular indiscutible de la acción penal, mismo que por ser un órgano técnico, no corresponde al juez subsanar sus deficiencias u omisiones, de manera que si en la acusación omite esgrimir pedimento alguno para sancionar al procesado como responsable de un concurso real de delitos, a pesar de la prueba de éste, es obvio que dicho funcionario judicial se encuentra legalmente impedido para sancionar por ese concepto, por no existir acusación de parte de quien correspondía hacerla. En efecto, conforme al artículo 21 constitucional, el juzgador tiene una amplia potestad sancionadora. La cual constituye una de sus funciones inherentes. Sin embargo, la misma no puede ser absoluta, oficiosa, ni arbitraria, pues atento a los principios de legalidad, exacta aplicación de la ley penal, de defensa para un procesado y de equilibrio procesal de las partes, que se deducen de los preceptos 14, 20 y 21 de la Carta Magna, esa actuación punitiva judicial debe ser consecuencia de previa petición por parte del titular de la acción penal; de modo que, cuando éste omite efectuar consideración a ese respecto, no cabe justificar la imposición de las penas, subsanando la deficiencia ministerial, en detrimento a las garantías del acusado pues el argumento de que solamente corresponde a la autoridad judicial la imposición de las penas, deviene ineficaz en razón de que ésta, como se ha dicho, no es arbitraria, sino acorde y consecuente con una normatividad y a un estado de derecho en vigor, pues admitir lo contrario equivaldría a trastocar el sistema penal vigente hacia una postura eminentemente inquisitiva. (1. Sala, Gaceta del S. J. F., 7A, Número 75, marzo de 1994, Tesis J/1°. 5/93, p.11.)

rebasar ésta. Y porque aún cuando también es obvio que el Ministerio Público cuando ejercita acción penal debe invocar el delito y las penas aplicables a dichos hechos. Igual de ríñido debiere ser que esa invocación de la ley penal aplicable no tuviere porque determinar la jurisdicción, ni menos aún para que se distorsione la propia ley penal que sea exactamente aplicable, ya que de acuerdo con lo que dispone la misma carta fundamental el juez sólo está sometido al imperio de la ley, sin que aquella autorice su dislocación, en tanto que las penas legales se deben aplicar por igual de manera exacta. Es por ello que al juez le incumbe clasificar o reclasificar el delito en el auto de formal prisión. Es decir, a él le compete fijar los puntos de la ley penal aplicable a los hechos materia de la acusación.⁸³ Mismos —hechos y delitos— por los que se deberá seguir el proceso —párrafo tercero del artículo 19 C.—⁸⁴ Ellas no son meras afirmaciones categóricas sin sostén. Porque así como al Ministerio Público le incumbe el ejercicio de la acción penal en atención a los artículos 14 y 21 C. Y es al mismo Ministerio Público a quien le compete formular la acusación por un hecho y delito determinados desde tal ejercicio de la acción o a más tardar —de consignar con detenido por flagrancia o caso urgente— al inicio de la declaración preparatoria en el período constitucional, de acuerdo con la fracción III del artículo 20-A C. con relación a los artículos 14 y 21 C. Es igualmente al juez a quien le incumbe aplicar la ley en el debido proceso (artículo 14 C.) Y es a él a quien le concierne aplicar la ley penal de manera exacta a hecho en igual acato al artículo 14 C. Por ello, a él compete en el auto de formal prisión declarar la prueba de los hechos materia de la acusación y con base en ellos fijar los delitos por los que se seguirá formal proceso en obediencia del párrafo tercero del artículo 19 C. Como también es a él a quien de manera exclusiva le toca en la sentencia imponer las penas que la ley señala para el delito de que se trate en cumplimiento del artículo 21 C. En tal marco la acusación y la jurisdicción encuentran su acomodo sensato con las garantías de audiencia y de defensa. Lo mismo que con el postulado de la igualdad procesal de las partes. Armonizándose en un sistema acusatorio congruo con los ideales de un estado de derecho, mismo que se debe manifestar desde antes de que se inicie el ejercicio de la acción penal, es decir, desde la averiguación previa. Porque de la misma C. se deriva que es durante la averiguación previa que el delito se investiga y se reúnen las pruebas acerca de él, mismas que se han de presentar ante un juez —artículos 19, 21 y 102-A de la C. —.

En el entorno de la C., las conclusiones acusatorias del actual modelo legal —en el que casi al final del proceso la acusación apenas se concreta— irrumpen contra el sistema acusatorio como expresión del estado de derecho que se plasma en la misma C. No sólo porque las conclusiones acusatorias significan un trámite procesal ocioso que desatiende a las garantías de brevedad y expeditéz (pues al cierre de la fase probatoria se debería citar a la audiencia final para "alegatos", en vez de antes dar otro tiempo para las conclusiones y después de ellas citar a la audiencia final.) Sino porque a esa lesión se le vuelve mucho más sensible en cuanto la misma conlleva en la mayoría de los casos la negación de las garantías de audiencia y de defensa adecuada —al omitirse precisar la acusación desde el ejercicio de la acción penal y al poderse cambiar el tipo penal del delito en las conclusiones acusatorias —. Y por añadidura, con el discutible mérito de ser un grave

⁸³ Ver al respecto los artículos 41 y 42 del CPPC transcritos en el penúltimo pie de página.

⁸⁴ Si después del auto de formal prisión surgen datos nuevos, la solución la da el párrafo tercero del artículo 19 C. La cual se regula adecuadamente —en mi concepto— en los párrafos cuarto y quinto del artículo 41 y el artículo 42 del CPPC; respetándose así la garantía de lris cerrada.

factor potencial de impunidad —en caso de que se incurra en una incorrecta petición del delito o la penalidad aplicable— que el juez tendrá que consumir.

Pero la situación tampoco parece halagüeña en el contexto de la libertad durante el proceso y de las vías y medios alternos al tradicional proceso penal para cumplir los fines del Derecho Penal. Dígalo si no, cuando hasta antes de 1993 en muy contados casos se prevenían delitos de penalidad alternativa o libertades bajo protesta. Dígalo si no: cuando la prisión preventiva tiende a ampliarse cada vez más, en vez de respetarse el principio de empleo mínimo de esa medida cautelar que se hizo patente en la reforma constitucional de 1993-94 a la fracción I del artículo 20-A C., a través de la idea de aplicarse sólo a "delitos graves" realmente.⁶⁶ Y más aún, cuando con tal aumento se pasa por alto que el derecho a la libertad caucional es una manifestación material del derecho a la presunción de inocencia reconocido en los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y aprobados por México y vigentes en la república mexicana.⁶⁶ Dígalo si no: cuando en la legislación penal federal y del Distrito Federal la idea de intervención mínima del «sistema penal»⁶⁷ no se ha visto más allá que la de instrumentar una política por la que se evitan, derogan, seleccionan y sistematizan las figuras típicas y se prevean algunos sustitutivos de la pena de prisión o bien delitos sin dicha pena de prisión, cuando en realidad las acciones para la intervención mínima no se confinan a esos mecanismos —que en sí son encomiables—, porque las acciones de reserva también pueden y deben operar dentro del sistema penal con relación a sus vías tradicionales para cumplir sus fines. Esto es, no nada más para que en la ley se decida qué hechos se deben punir y cómo se han de punir. Ni nada más para que se mida de manera racional a las penas legales según la gravedad del delito y la mínima y máxima culpabilidad posible. Sino también para que se resuelva si con relación a muchos delitos se sustrae a las personas de la reacción más drástica del sistema penal, que es la pena de prisión. E incluso, con mayor razón, de la prisión preventiva. Y para que en atención a los fines de promover la socialización responsable o al menos la no-desocialización —los que se desprenden del artículo 18 C. — se considere a otras vías y medidas alternas de resolver los conflictos logrando la paz y cumpliendo los fines de tal sistema penal cuando se trate de ciertos delitos no graves. Vías para solventar o modificar los conflictos, distintas al usual proceso penal. Y las que conduzcan a medidas preventivas o sanciones diferentes a la privación de la libertad que a la vez sean coherentes con el ideal de un estado de derecho o democrático. Solo así pueden completarse los postulados de una intervención mínima pero funcionalmente eficaz del Derecho Penal.

Todo ello apareja en sentido amplio evitar o sustituir en muchos casos el mismo proceso penal y, por ende, la sanción privativa de la libertad, para pensar en una idea muy diferente a la de pretender un mero castigo o una

⁶⁶ El criterio de "delitos graves" debe tender a una valoración restrictiva por la especial lesividad del hecho a los bienes jurídicos más importantes y respecto a la forma de comisión que se revele gravemente seria, en especial las que impliquen violencia personal, de tal suerte que la prisión preventiva opere sólo como último medio para evitar la violencia de los no desviados o en contra de los mismos.

⁶⁶ Ver al respecto la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 10 de diciembre de 1948; así como en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* suscrita en San José de Costa Rica y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* suscrito en la ciudad de Nueva York, E. U. A., de 19 de diciembre de 1966. Los dos últimos tratados internacionales fueron aprobados por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980 y sus decretos se publicaron el 9 de enero de 1981 en el Diario Oficial de la Federación.

⁶⁷ La expresión "sistema penal" la emplea el artículo 18 C. y no sólo comprende al sistema penitenciario, ni nada más al sistema de las penas, sino que tiene una connotación mucho más amplia, que capta, además, a todos los medios jurídicos de control social de naturaleza penal, con inclusión de los subsistemas policíacos, de procuración y administración de justicia penal. Al respecto, ver a Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 7 a 10.

ejecución correctiva que se pareciera implicar en una pena de prisión mal entendida en su fin. Esto significa que siempre que lo permita la no-gravedad del delito y la posibilidad de obtener la paz jurídica-social, además de lícito es socialmente necesario, racional y benéfico individual y comunitariamente que se acuda a instrumentos jurídicos alternos de solución o modificación del conflicto —dentro de los que caben algunos ya conocidos y otros nuevos—. Para así cumplir con los fines constitucionales del sistema penal de la incorporación social responsable de las personas, lograr la paz social y el bien común. El polo rector del sistema penal cual es la prisión en sus diversas manifestaciones debe —y puede— cambiarse así en muchos casos por el eje de la intervención mínima del Derecho Penal con la divisa de la socialización digna y auto-responsable. En efecto, un signo distintivo de un sistema penal moderno orientado a un estado de derecho se constituye por las alternativas penales que intenten la eficacia —pronta y expedita— de una justicia racional para lograr la paz jurídica-social y una resocialización útil. Y en cualquier caso, donde todas las vías y medidas alternas —sean ante o para-procesales o bien sustitutivos penales— se supediten a la garantía de la reparación del daño a los ofendidos en la medida de lo posible.

Con base en dichos principios y de acuerdo, además, con los artículos 18 y 20 de nuestra carta fundamental, es pues indispensable procurar la reserva de la prisión preventiva en los procesos penales y para ciertos delitos no graves ampliar la alternatividad de las penas cortas de prisión con otras penas no-privativas de la libertad. Sin embargo, ¿qué se puede decir? : Cuando en menos de ocho años en el orden federal ascendió a casi el triple el número de delitos por los que es improcedente la libertad provisional.⁹⁸ Ni que decir también de la fórmula del artículo 413 del CPF que niega gozar de tal "beneficio" (sic) (¿qué acaso no es un "derecho" garantizado en la C.?) de libertad caucional, a todos los que hayan acordado o preparado la realización de cualquier delito electoral. Y ello aún sin importar que algunos de esos delitos no tienen señalada pena de prisión (artículos 404 y 408 del CPF.) Así, de un plumazo y sin siquiera decir que se trata de delitos graves, ni atender a cada delito en particular o a las circunstancias específicas de ese delito o a su clase de penalidad, el legislador ignora el tenor, los motivos y la teleología que anima a dicha garantía constitucional de libertad y los que en su conjunto demandan que la prisión preventiva se guarde en estricta reserva sólo para los delitos realmente graves que así los clasifique la ley. E igual evita el que a la misma presunción de inocencia precisamente se le materialice a través de tal libertad caucional. Lo que ahora también se viene a empeorar con la pretensión de determinar la "gravedad" del delito y la improcedencia de la libertad caucional de acuerdo con la fórmula del término medio aritmético de cinco años según la penalidad legal del delito que se trate. O con la no menos aceptable receta aprobada por la asamblea del Distrito Federal para que se niegue la libertad caucional a los reincidentes, desconociendo que en esos casos el artículo 20-A-I de la C. garantiza al inculpado que el juez pondere concederla o negarla —y no que necesariamente la deba negar— si es que lo pide el Ministerio Público y sólo si el delito anterior fue calificado como grave por la ley.⁹⁹ ¿Dónde está entonces el espíritu que animó y todavía alienta la restricción constitucional de la prisión preventiva sólo a los delitos realmente graves —lo cual implica individualizar cada delito que así se estime e incluso en muchos de ellos

⁹⁸ Ver al respecto el número III-A del Capítulo Tercero.

⁹⁹ Reformas al CPPDF aprobadas por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal el 28 de abril de 2003.

sólo y nada más cuando en su comisión concurren ciertas circunstancias especialmente graves— y que constituyó la razón fundamental de la reforma a la fracción I del artículo 20-A C.?

Pero es importante reparar en la "conciliación" —que también establece el nuevo CPP de Coahuila— al igual que en el "perdón" y la "reparación del daño" en delitos perseguibles de oficio, como caminos en sí mismos alternativos del proceso y de las penas que afectan la libertad y los que, además, procuren la socialización responsable y la paz social. Así, con relación a la "conciliación" los artículos 5°, 8° y 196 del CPPC facultan al Ministerio Público a promoverla entre el ofendido, víctima e inculpado no sólo en los delitos que se persiguen previa querrela, sino también en los perseguibles de oficio en los que el código penal autorice el inejercicio de la acción penal por perdón del ofendido, reparación del daño o acto equivalente (dentro de los cuales se encuentran todos los delitos que no sean graves —salvo excepciones legales expresas—).⁷⁰ Y, además, disponen que el Ministerio Público determine el no-ejercicio de la acción penal o se desista de ésta, según corresponda, cuando se cumpla el convenio de conciliación antes o después de iniciar la averiguación previa. Sin embargo, tan el CPPDF como el CFPP contrastan con la regulación anterior. Dígalo si no: cuando el artículo 271 del CPPDF autoriza los convenios entre el inculpado y la víctima o el ofendido y sus causahabientes. *¡sólo como forma de eximirse de la retención por flagrancia en algunos delitos!* Mientras que la fracción X del artículo 2° del CFPP autoriza al Ministerio Público Federal a promover la conciliación "…sólo cuando ella "proceda", mas sin que el mismo CFPP diga *¡cuándo es procedente la conciliación!* *¡Ni menos aún señala qué efectos produciría!* Ni que hablar entonces de otras vías y medios alternos a los tradicionales procesos penales y a la pena de prisión para solucionar o modificar razonablemente los conflictos que originan hechos presumiblemente delictuosos. Vías y medidas alternas que son perfectamente posibles y, además, deseables como expresión legítima de una política racional que busque un justicia pronta y expedita que procure la satisfacción de las víctimas en lo posible y la incorporación social responsable de las personas. Como ahora los son en Coahuila el nuevo "sistema de faltas penales" y la "extinción de la acción penal por perdón o reparación del daño en delitos no graves perseguibles de oficio" —sujetos a ciertas condiciones—.⁷¹

⁷⁰ Los delitos perseguibles de oficio en los que cabe la extinción de la acción penal por perdón, reparación del daño o confesión, son los que no sean graves, no se cometan contra menor de 12 años de edad, no se cometan con la intervención de servidor público con motivo o en ejercicio de sus funciones y no haya reiteración delictiva real o ficta. (Artículo 155 del CPC.)

⁷¹ Respecto al "sistema de faltas penales" ver el número III del Capítulo Tercero. Y respecto a la extinción de la acción penal por perdón o reparación del daño en delitos no graves perseguibles de oficio, el CPC prevé lo siguiente: "ARTÍCULO 155. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR PERDÓN O ACTO EQUIVALENTE EN CIERTOS DELITOS PERSEGUIBLES DE OFICIO. La acción penal también se extinguirá cuando el delito se persiga de oficio, si se reúnen las condiciones siguientes:

I. DELITO NO GRAVE. El delito no sea grave, ni su penalidad exceda de cinco años de prisión en su término medio aritmético.

II. CALIDAD DEL OFENDIDO. El ofendido sea mayor de 12 años de edad y capaz, tratándose de delito doloso.

III. CALIDAD DEL INculpADO. El inculpado no se encuentre dentro de los casos de reiteración delictiva real o ficta; ni sea servidor público que intervino en el delito con motivo de sus funciones.

IV. PERDÓN, REPARACIÓN DEL DAÑO O ACTO EQUIVALENTE. El ofendido o representante legítimo formule perdón; o que se repare el daño, si es que se causó. Si no hubiere ofendido determinable, ni aparezca daño causado, será necesario que el inculpado confiese el delito y que según sus condiciones personales y circunstancias del caso, no aparezca que existe riesgo para la comunidad.

La causa de extinción que se previene en este artículo sólo operará por una vez y serán aplicables a ella los artículos 63 y 64.

63. CONSECUENCIAS DE LA REITERACIÓN DELICTIVA CON RELACIÓN A DELITOS O BENEFICIOS POSTERIORES. A toda persona que se le condene en sentencia ejecutoria por un delito, durante el tiempo en el que cumpla la condena, más un término equivalente a la prescripción de la pena de prisión que se le impuso:

I. IMPEDIMENTO PARA OBTENER BENEFICIOS PROCESALES. No se le concederá en nuevo proceso el sobreseimiento por perdón o acto equivalente como causa extintiva de la acción penal en delitos perseguibles de oficio. O bien para que se determine a su favor el inejercicio de la acción penal por dichos motivos.

II. EXCLUSIÓN DE CONDENA CONDICIONAL, TRATAMIENTO ANÁLOGO O LIBERTAD ANTICIPADA. Igualmente, cuando cometa delito dentro del término que señala el párrafo inicial de este artículo: En la nueva sentencia de condena y durante el primer tercio en que se deba ejecutar la pena de prisión, se excluirá al sentenciado de la aplicación de la condena condicional y de la aplicación de modalidades de tratamiento iguales o análogas a los sustitutivos.

Si en contravención de este artículo, se concede al sentenciado algún beneficio de los que se mencionan en las fracciones anteriores o se le deja en libertad anticipada; la víctima o el ofendido podrán pedir su revocación, a partir del día siguiente del que se aplicó y dentro de un tiempo igual al que señala el párrafo

Por último, en el ámbito de las penas imperó la de prisión como reina de las penas —y aún es la dominante con ciertos casos de excepción—. Quizá más que la confesión en la esfera de las pruebas. Como también prevaleció —y aún prevalece— la ejecución de la pena de prisión en el panorama penológico del país, salvo la potestativa condena condicional —que suspendía la ejecución de la prisión cuando la pena judicial fuese hasta de tres años—. Fuera de esos casos, durante mucho tiempo la duración de la pena de prisión se debió completar siempre, a menos que se concediera el indulto gracioso o la libertad preparatoria en contados eventos arbitrariamente regulados al concebir a aquella como “potestativa”.⁷² Claro que luego aparecieron la remisión parcial de la pena y los sustitutivos de la pena de prisión. Mas la deficiente regulación de los segundos —al menos en el CPF— dificultó —y aún estorba— su aplicación.⁷³ Y lo que no es mejor, su implementación precaria impide saber si su ejecución es eficaz. ¿O qué acaso usted conoce o ha oído de pabellones fuera de los reclusorios, para que en ellos se cumpla la semilibertad? ¿O acaso usted conoce o ha oído de los delegados de libertad vigilada que actúen en nuestro país? Poca consideración parece tener así el ajustar las penas y su ejecución a las garantías de legalidad, seguridad jurídica y readaptación social. Al igual que a las exigencias de su eficacia. Con lo que se trunca el cumplir de manera real con el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Menos habría entonces que considerar —en virtud de ese principio— a otras medidas penales menos severas y más útiles a los fines de lograr sanciones adecuadas que permitan la readaptación social. O incluso para reducir o evitar el enjuiciamiento penal y, en cualquier caso, para lograr justicia con paz social.

Pero es que la idea de “readaptación social” se deformó en las leyes penitenciarias o en su interpretación. Ya que a esa noción se le trastocó en un instrumento opresivo de la libertad personal y en un medio al servicio del Estado. Pues en vez de concebir a aquella como garantía —que lo es—, la que como tal respeta al ser humano y beneficie a la sociedad, de esa expresión se derivó la imagen falsa de que nuestra Constitución apoya la idea de un tratamiento terapéutico forzoso de «readaptación» (sic) mediante una pena. La cual en el fondo parte de un desconocimiento de los fundamentos de lo que es en verdad la readaptación social: Un sistema jurídico que en el orden penal debe promover y garantizar la incorporación social responsable. Y el que incluso puede operar antes y no sólo en la aplicación y la ejecución de las penas. Pero en cualquier evento, es una garantía muy lejana a la de un sistema correctivo forzoso de la personalidad. Con el cual se plantea en las leyes un difuso, impreciso y arbitrario «grado de readaptabilidad» que se deriva de esos supuestos “tratamientos correctivos” o de “readaptación”.⁷⁴ A los que con frecuencia se les usa para negarle al

inicial de este precepto; o al que reste de la condena; según corresponda. El Ministerio Público deberá pedir la revocación. En ambos casos, conforme lo prevea el Código de Procedimientos Penales.

ARTÍCULO 64. CAUSAS FICTAS DE REITERACIÓN DELICTIVA. Quién obtenga el inejercicio de la acción penal o sobreseimiento, por perdón o acto equivalente como causa extintiva de la acción penal en delitos perseguibles de oficio:

Tendrá impedimento para obtener de nuevo dichos beneficios, durante un tiempo equivalente a la prescripción de la acción penal que corresponda al delito que se le atribuyó en la primera causa. Si fueron varios delitos, se estará al más grave.

Si en contravención de este artículo, se volviere a conceder al inculcado alguno de los beneficios citados; la víctima o el ofendido podrán pedir su revocación, desde el día siguiente del inejercicio de la acción penal o el sobreseimiento y dentro del tiempo que se señala en el párrafo anterior.

El Ministerio Público deberá pedir la revocación. En ambos casos, conforme lo prevea el Código de Procedimientos Penales.

Serán inaplicables los supuestos de este artículo y del anterior en los casos de la fracción VII del artículo 62.

⁷² Ahora los artículos 84 del CPF y 46 de la *Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal* conciben su otorgamiento de manera imperativa si se reúnen las condiciones para ello.

⁷³ A tal efecto, compárese la regulación de esos sustitutivos penales en los artículos 70 a 76 del CPF y 27 del CPDF, con la de los artículos 77 a 91 del CPC.

⁷⁴ Ver al respecto los artículos 64-II y 67 del CPF y, en general, la *Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de Coahuila*.

sentenciado sus derechos de reducción penal o de reincorporación a la libertad. A ello se suman criterios "potestativos" —y por lo tanto, "arbitrarios"— en las leyes para decidir acerca de la existencia de esos derechos.⁷⁵ Y a los que sólo se les llama "beneficios" pasándose por alto que antes que ello son "derechos". Lo que se agrava con la falta de regulación legal clara del trámite de los que se dan en sede de ejecución. Lo que significa dejar de lado —objetablemente— al principio de legalidad en el tratamiento de esos derechos dentro de la ejecución penal. Porque en vez de que la ley federal regule su trámite, éste se rige por meros reglamentos, decretos, circulares de carácter administrativo y hasta meros acuerdos internos de igual índole. Y nada para que en vía judicial se resuelva la petición. Con todo ello se anula lo que debiere ser la naturaleza y el fin de esas normas. Pues estas son —o debieren ser— instrumentos jurídicos que garanticen la readaptación social. Mecanismos que sean congruos con los principios de legalidad y de acceso al control externo e imparcial de la judicatura. Y los cuales hagan posible —de manera real y racional— a la garantía de readaptación social en un ámbito de seguridad jurídica y paz social.

La garantía de readaptación social es en su sustrato sustantivo *el derecho de las personas a una reincorporación oportuna, digna y responsable a la sociedad*. Y el que en su carácter de garantía la ley debiere proteger. Más aún cuando no se trata tan solo de respetar el derecho del sentenciado de incorporarse responsablemente a la sociedad; sino, además, del interés de ésta de que realmente así suceda. Porque el fin del "sistema penal" es la readaptación social. Y ésta —con apoyo en nuestro artículo 18 constitucional— apareja una concepción mucho más amplia —y a la vez sencilla— que la que se le ha dado, que es la de promover de manera oportuna la reincorporación social responsable. Dentro de esa idea la readaptación social admite métodos legales por los que sea posible evitar la criminalización innecesaria que —quíerese o no— traen aparejada los procesos penales y la contaminación criminógena de la prisión. O bien que consienten acortar esa pena a través de instituciones "jurídicas". Las que se sustenten en bases objetivas y racionales que permitan a la sociedad evitar al preso el brusco golpe de su libertad. Impacto que lo vaya a confrontar de nuevo con aquella a través de nuevos delitos. Por ello y por la dignidad del sentenciado como persona hay que facilitarle los medios físicos y los instrumentos jurídicos que le permitan con oportunidad aspirar a una vida libre y responsable. Para que se incorpore a la comunidad con decoro. Y en lo posible se disminuyan los riesgos de que afecte bienes jurídicos de terceros. De aquí que en nada favorezca el legislador a la sociedad cuando amplía con desmesura las penas de prisión.⁷⁶ Pues con ello cancela la posibilidad de una reinserción social útil y digna del sentenciado. Como en nada beneficia el poder legislativo a la gente cuando niega a los sentenciados la posibilidad de cualquier derecho de reducción de la pena si se trata de ciertos delitos. O cuando por motivos de reiteración delictiva real o ficta de plano veda la garantía de readaptación social que da el artículo 18 C., como acontece con unas tendencias actuales.⁷⁷ Por el contrario, esas fórmulas le reducen la

⁷⁵ Cabe señalar que respecto al llamado "grado de readaptabilidad" la mejor librada es la *Ley de Ejecución de Sanciones del Distrito Federal*. Y la que sostiene la posición más criticable es la *Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de Coahuila*.

⁷⁶ El saldo de las reformas de 1995-99 en ese rubro, es la posibilidad de una pena máxima de prisión de hasta sesenta años en el CPF y el CPC. Y de cincuenta años en el CPDF. (Artículos 25 del CPF y 67 del CPC.) (Artículo 25 del CPDF.)

⁷⁷ El saldo de las reformas federales de 1995-99 en ese rubro, da como resultado que no se podrá conceder la libertad preparatoria a los sentenciados por cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 85 del CPF, pero asimismo a los sentenciados a que se refieren los artículos 70 último párrafo, 85 y 90 del CPF (antes de su reforma en 1999), 86 del CPDF y 8° de la *Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados*, se les prive del derecho a los sustitutivos de libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad y multa; así como de la condena condicional, la remisión parcial de la pena, la preliberación y la libertad preparatoria. Lo mismo se prevé en los artículos 33 Bis y 42 de la *Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal*. Queda por verse si tales artículos son ahora aplicables con la abrogación del CPDF de 1931 y el inicio de vigencia del código nuevo a partir

posibilidad a la comunidad de que el sentenciado la evite afrontar de súbito. De tal modo, que en vez de disminuir el riesgo, para ella se eleva el peligro de que aquél se vea precisado a no respetarla. Todo ello en realidad implica la ausencia de actos de gobierno que respeten los derechos humanos y las garantías individuales. Y los que, además, sean benéficos para la sociedad. ¿Hacia un estado de derecho o democrático?

Es pues inaplazable un prototipo diferente. El nuevo paradigma ya está en la C. A él se le ignoró por la legislación y la jurisprudencia mexicanas del siglo XX. Hoy toca rescatarlo buscando su cumplimiento a través de las siguientes diez bases fundamentales:

1. El ajuste de los fines del sistema penal a los del estado de derecho. El fin del sistema penal es la integración social responsable de la persona conforme a los postulados de un estado de derecho.

2. El ajuste al principio de intervención mínima en las conminaciones penales y a través de vías alternas. Las leyes penales se regirán para sus conminaciones conforme a los principios de grave lesión al bien jurídico e intervención mínima. Unas y otras se concebirán en el marco de los derechos y las garantías que la Constitución reconoce y que amplíen las demás leyes, así como atendiendo al principio de que ninguna persona se le obligará a hacer lo que no manda la ley, ni se le afectará por lo que ella no prohíbe. Igualmente, las leyes no señalarán más penas que las estricta y evidentemente racionales y necesarias. Por lo tanto, las leyes establecerán vías y medidas alternas al proceso penal y a la pena de prisión para los delitos no graves, cuando con ello se pueda promover la integración social responsable de la persona.

3. El ajuste al sentido regulador de conductas prohibidas de las normas penales. Y a que ellas se delimiten en presupuestos fácticos y normativos cerrados que se especifiquen a través de ley cierta. La autoridad se ajustará al entendimiento ontológico y social normativo de las conductas desaprobadas penalmente cuyo ámbito fáctico de prohibición se especificará de manera cerrada por la ley en los tipos penales. Asimismo, la ley dará pautas regulativas que complementen a las expresiones normativas abiertas que contengan los tipos penales cuya única fuente será la ley.

4. El ajuste a los principios de culpabilidad y de responsabilidad penal. La ley y la autoridad se ajustarán a los principios de culpabilidad y responsabilidad penal en la concepción del delito. Ellos se entenderán como límites a la pena. Por lo tanto, no se impondrá pena cuando en el caso concreto no le sea razonablemente exigible al imputado una conducta conforme a la norma, o la pena sea irracional o innecesaria en el caso concreto. La ley regulará la ejecución de toda pena privativa de la libertad en atención a una reinserción social digna, oportuna y responsable, así como los medios para suspenderlas, sustituirlas, modificarlas o acortarias en virtud de tal fin, los que se resolverán en la vía judicial.

5. El ajuste a los principios de igualdad, publicidad e inmediación procesal. Los medios de prueba que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad se buscarán durante la averiguación previa; pero en esta misma fase y una vez que se identifique al inculpado, tan pronto se obtengan los medios de prueba se desahogarán ante un juez instructor en condiciones de igualdad procesal de las partes.

Se exceptuarán de lo anterior los medios de prueba que se obtengan en las primeras diligencias cuyo desahogo sea urgente y en los casos de delito flagrante, o cuando aquellos no se puedan desahogar con motivo de caso urgente; mas sin que ello impida que, si al inculpado se le dicta auto de formal prisión o de sujeción a proceso, los medios de prueba no desahogados ante el juez se vuelvan a repetir ante él para que sean estos lo que tengan validez, a menos que por la naturaleza del medio de prueba obtenido, éste sea irrepetible.

del 13 de noviembre de 2002: A primera impresión pareciera que tal interrogante debiere contestarse afirmativamente a la luz de la fracción III del artículo Cuarto Transitorio del nuevo CPDF que prevé: "La autoridad ejecutora al aplicar una modalidad de beneficio para el sentenciado considerará las penas que se hayan impuesto, en función de la traslación del tipo, según las modalidades correspondientes". Sin embargo, si se le mira bien, el supuesto se refiere a la aplicación de la modalidad de un beneficio en atención a la penalidad impuesta, pero no así a los casos que de antemano se habría de negar aquél por razón del delito mismo previsto en el CPDF de 1931 y no de la pena a ejecutar. Por lo que cabe pensar que los artículos 33 Bis y 42 de la ley en comento ya devienen de imposible aplicación dado que el artículo QUINTO Transitorio del nuevo CPDF abroga al CPDF de 1931 que es al cual se refieren los artículos 33 Bis y 42 en consulta. Y más aún —y sobretodo— cuando el nuevo CPDF ya no prevé las indebidas restricciones de cancelar los derechos a esos beneficios de libertad anticipada.

Siempre que lo solicite el inculcado o su defensor, los que declaren en contra del inculcado, los que obtengan evidencias de cualquier clase y los que practiquen peritajes, deberán comparecer ante el juez a efecto de declarar al respecto, ampliar o aclarar peritajes. Su inasistencia sin motivo justificado motivará que se invalide el medio de prueba presentado.⁷⁸

6. El ajuste al principio de obtención lícita de la prueba. Carecerán de validez los medios de prueba que se obtengan ilícitamente, con inclusión de la confesión del inculcado si acaso la vierte mientras esté detenido ilegalmente antes de su consignación ante el juez.

7. El ajuste al principio de acusación por hecho determinado suficientemente probado. Siempre será necesaria la acusación por hecho determinado previsto en la ley como delito en la que se concrete, además de aquél hecho, la forma típica de intervención del inculcado y en qué se hacer consistir aquella, la que se formulará al pedir la orden de aprehensión o a más tardar al inicio de la declaración preparatoria y no al final del proceso. Con relación a la averiguación que motivó la acusación, el Ministerio Público ya no podrá seguir actuando como autoridad respecto a los inculcados contra los que formule acusación, sin perjuicio de promover ante el juez las pruebas que estime pertinentes si se niega orden de aprehensión o se dicta auto de libertad.

8. El ajuste a la oportuna garantía de audiencia. La garantía de audiencia en la declaración preparatoria reside en hacerle saber al inculcado, como materia de la acusación, en qué consiste concretamente el hecho punible que se le imputa como delito y en qué consiste concretamente la intervención de aquél en ese hecho; además de hacerle saber la "naturaleza" —nombre del delito— y "causa" de la acusación—medios de prueba que la soportan—. El incumplimiento de lo anterior será motivo para invalidar de pleno Derecho el proceso.

9. El ajuste a los principios de acusación con prueba y jurisdicción imparcial vinculada a la ley. Al juez le incumbirá verificar los hechos materia de la acusación con base en la valoración jurídica de la prueba de aquellos y fijar el delito en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Mismos por los que se seguirá el formal proceso.

Al cuerpo del delito se le entenderá como la concreción histórica de los elementos del tipo penal de un delito. A la responsabilidad penal se le concebirá como la culpabilidad basada en la conciencia posible de ilicitud penal de la conducta, la exigibilidad personal de conducirse conforme a la norma penal en el caso concreto y la estricta necesidad racional de la pena en ese caso. Y por causa probable se entenderá al conjunto de indicios graves concurrentes y/o concordantes acerca de aquella responsabilidad y sin que se les opongan otros de igual gravedad que jurídicamente no se puedan descartar.

Si después de dicho auto aparecen nuevos datos o éstos se omitieron al ejercitar la acción que varíen el delito o constituyan otros distintos: haciendo mención de lo anterior, se ejercerá de nuevo acción penal ante el mismo juez hasta antes de que se cite a audiencia final, sobreseyéndose el primer proceso si en el segundo se dicta formal prisión.

El inculcado, asistido de su defensor, podrá en cualquier caso renunciar a la fase probatoria que se dé después del auto de formal prisión.

10. El ajuste a los principios de contradicción procesal y de presunción de inocencia. Durante cualquier fase probatoria la ley dará a las partes la oportunidad de prueba y de contraprueba en condiciones de igualdad,

⁷⁸ Las propuestas que se contienen en la base 5) evitarían la fase de "instrucción judicial" en la mayoría de los casos —la cual se regula después del auto de formal prisión o de sujeción al proceso—: en tanto que dicha fase se daría en la misma averiguación previa. Sin embargo, aunque es obvio que esa reestructuración no abreviaría el proceso, paradójicamente, sí haría más eficaces tan el derecho de breve juicio, como a otras garantías. En efecto, el proceso se iniciaría a partir de que el Ministerio Público empezara a presentar los medios de prueba ante el juez y el inculcado fuese llamado para que él, su defensor o ambos estuviesen presentes en el desahogo de pruebas y pudiesen contradecirlas con las pruebas de su intención. Asimismo, con la intervención judicial en la averiguación previa y el acceso del inculcado y su defensor al desahogo formal de las pruebas que presente el Ministerio Público y las que aquellos ofrezcan, se harían más efectivas las garantías de audiencia, de publicidad, de igualdad procesal, de inmediatez y de contradicción en el debido proceso legal. Pero hay dos propuestas análogas a aquella alternativa en algunos de sus efectos. Ellas son las siguientes: 1) Que los testimonios que se vieran durante la averiguación previa sólo puedan tener valor hasta el auto que define la situación jurídica; debiendo repetirse necesariamente durante la fase probatoria, a efecto de que sean éstos los que se tomen en consideración. Lo mismo sería exigible para todos los demás medios de prueba susceptibles de repetirse. O bien: 2) Que aún cuando los medios de prueba desahogados durante la averiguación previa tengan validez en el proceso; el inculcado o su defensor tengan derecho a pedir que se repitan aquellos que estimen pertinentes, en cuyo caso sólo éstos serán los que tengan validez. Restándose validez a todos aquellos medios de prueba cuya repetición se solicita y que sin motivo justificado queden sin desahogarse en el proceso. El nuevo CPPC siguió una ruta similar a esta última alternativa; aunque de manera limitada. En efecto, por una parte, el artículo 263 nada más concede —críticamente— "potestad" al juez para... "repetir cualquier diligencia que se practicó durante la averiguación previa, siempre y cuando su desahogo no sea imposible." Por la otra, el artículo 373 dispone que: "no tendrán validez legal las declaraciones del denunciante, querrelante, captor o testigo sobre hechos que le constan en contra del inculcado; ...siempre y cuando los carece ...no se lleven a cabo por inasistencia injustificada de quien, sin ser el inculcado, deba ser careado, no obstante que se le citó para la diligencia; o el juez dejó a cargo del Ministerio Público el citatorio pere que por sí o por conducto de la policía ministerial lo cite o pueda presentarlo directamente". Asimismo, el artículo 403 del CPPC dispone: "No tendrán validez los dictámenes que se rindan en la averiguación previa por peritos que sin motivo justificado no se presenten en el proceso, no obstante que se les citó legalmente; o que el juzgador dejó a cargo del Ministerio Público la presentación de peritos oficiales que laboren en la Procuraduría General de Justicia del Estado; o que aquél admitió por parte del ofendido o víctima o acordó de oficio y no hubiesen sido propuestos por la defensa o el inculcado".

salvo los límites que señala la Constitución y estas bases. Pero al concluir aquellas fases se citará a audiencia final para alegatos y enseguida se citará para sentencia. Toda persona se presume inocente hasta que, previo el debido proceso legal y con base en prueba suficiente se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoria.

Para cumplir con ese modelo que se deriva de la misma C., principalmente se requiere que cambie la legislación procesal y ejecutiva penal. Y, además, de ciertas reformas menores pero de fondo a la ley sustantiva penal en su Parte General y una amplia revisión de las figuras típicas o delitos en particular a efecto de cerrar los tipos penales. Se necesita pues de una reingeniería legal y jurídica al sistema penal mexicano en esos tres ámbitos. La cual en el terreno sustantivo fije límites legales punibles acordes con la garantía de readaptación social, haga un esfuerzo de cerrar los tipos penales y fije cláusulas regulativas de muchos conceptos imprecisos, así como normas claras acerca de la imputación de delitos, la coparticipación delictuosa, la culpabilidad y la aplicación e individualización de la pena. En el ámbito procesal precisa del ajuste de la ley a los postulados de un sistema acusatorio congruente con la Constitución en un estado de derecho. Y, además, que dé vías y medidas alternas de solución para delitos no graves. Y el arreglo del espacio ejecutivo a las exigencias de legalidad, certeza y control judicial externo e imparcial en función de la incorporación social responsable de las personas.

Si se continúa omitiendo el cambio del procedimiento penal mexicano para hacerlo acorde con los postulados de la carta fundamental —y aún en el supuesto de ya existiesen las bases legales de carácter sustantivo para un nuevo Derecho Penal Mexicano orientado al ideal del estado de derecho— seguirán teniendo toda su fuerza las reflexiones de Zaffaroni. Él apunta:

(...) En un derecho penal más republicano, las infracciones no son signos sino lesiones a derechos o bienes jurídicos, que conllevan un mal en sí mismas. Por ello, es necesario saber qué es lo que se imputa al sujeto (fijarlo en una acusación) y debatir entre partes la prueba al respecto. Esto requiere que las funciones procesales se separen nítidamente y que la materia de la acusación quede bien determinada antes del debate o juicio. De allí las bases del sistema acusatorio, que es la manifestación procesal del derecho penal liberal o de garantías. Queda claro, pues, que se impone una regla de correspondencia o paralelismo entre ambas legislaciones y ambos campos del conocimiento jurídico. No obstante, es sabido que —lamentablemente— no son pocas las legislaciones que no respetan la regla de correspondencia o paralelismo, dando lugar a una asimetría legislativa entre ambas regulaciones, que, por lo general, se traduce en una ley penal liberal o garantizadora y una ley procesal marcadamente inquisitoria: lo que en realidad no es otra cosa que un modo de burlar la limitación propia del estado de derecho y consagrar un estado de policía con un discurso penal liberal.⁷⁸

— VII —

La reforma integral del sistema de justicia penal

Se debe empero reconocer que los factores de la inseguridad pública y de la impunidad son muy complejos. Como también lo es cualquier solución integral que se quiera dar para superarlos. Son problemas serios, que por decir lo menos, se dejaron crecer durante muchos lustros con subterfugios, falacias y espejismos como los que se señalaron. Dificultades que a su vez se incrementaron con el gran aumento de la población. Y con su gran movilidad. A lo que se sumó la ampliación y profundización de las brechas de desigualdad social, económica y cultural que México padece por siglos. Y a lo que se le añadieron las recurrentes crisis económicas, la merma de bases éticas y la irrupción del narcotráfico, desmedida e incontrolable. El atraso histórico es impresionante. Al que solo le supera la magnitud de las oportunidades para empezar a vencerlo. Sin duda ninguna solución integral al problema podría descansar tan sólo en la reforma legislativa, ni en el cambio de criterios judiciales. Pero tampoco la cabe, que sin innovaciones legales garantistas y democráticas en el sistema penal, ni siquiera se podrían iniciar —ni desarrollar— soluciones de fondo y a largo plazo.

Para que se empiecen a renovar los criterios jurídicos. Para que al Derecho Penal se le sustente en concepciones acordes con la naturaleza de las conductas humanas que regula y prohíbe. Y con los fines

⁷⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Proceso Penal y Derecho Humanos: Códigos, Principios y realidad, en América Latina: Análisis Regional*, p.8.

propios de un sistema penal dentro de un estado de derecho. Y en el mismo sentido para que se funde a los procesos penales en bases reales, firmes y justas que sean a la vez congruentes con las garantías individuales. Procesos en los que se honren por igual los derechos de inculpadados, de las víctimas y de la sociedad. En los que se respete cabalmente a las formalidades esenciales del procedimiento; al igual que equilibren las funciones de la acusación, de la defensa y de la jurisdicción. En los que la confiabilidad y la obtención lícita de la prueba sean divisas que corran a la par con las del contradictorio, la publicidad, la oralidad y la igualdad de las partes con el fin de obtener la verdad histórica y en su caso aplicar exactamente el Derecho Penal. En un «sistema penal» coherente e integral. El que, además de los cuerpos de policía y de las esferas orgánicas y funcionales de procuración, administración y ejecución de justicia penales, se involucre en la reforma no sólo a las leyes sustantivas y adjetivas penales donde y en todo lo que sea necesario, sino también a las ejecutivas. Comprendiendo las que corresponden a los menores infractores y los inimputables que deban someterse a medidas de seguridad. Sin que se confunda a los fines con los medios. Pues el proceso penal es un medio y no un fin en sí mismo. De que si se acude a él, es porque es necesario y no hay otra alternativa viable. Y de que si se dicta formal prisión a una persona es porque se cuenta con datos suficientes con apego a la verdad y los que en un auténtico y debido proceso penal permitan racionalmente esperar con cierto grado de confiabilidad que se podrá lograr la condena justa del inculpadado.

Las soluciones de fines presuponen medios justos. Y éstos requieren de instrumentos eficaces y oportunos. Por lo que vale que se busquen con seriedad alternativas que eviten procesos innecesarios y que a la vez obtengan justicia y paz social; al igual que procuren la socialización responsable. Porque el que se destinen en lo posible más y mejores recursos humanos, materiales y técnicos en la lucha contra la delincuencia es solo una parte de la solución a la crisis del sistema de justicia penal. Ésta prioridad presupone algo más que planeación. Ese algo es más que tener una aspiración. Ese algo es más que fijarse una misión. Ese algo es tener una visión que se soporte en principios que conciban a la persona como la razón de la sociedad y del Estado. Y de la necesidad y el derecho que tiene la sociedad de los actos benéficos de gobierno. Pues sin la persona no pueden ser la sociedad ni el Estado. Como tampoco estos se pueden desenvolver sanamente si se desconoce a los derechos humanos o no se les respeta de manera debida. Acato que tiene uno de sus pilares en las leyes que sean atentas del ser humano y benéficas a la sociedad. Las que realmente le permitan y garanticen su libertad, dignidad y desenvolvimiento. Y que verdaderamente sean eficaces para hacer que funcione el sistema penal cumpliendo con los fines que le asigna el modelo de un estado democrático de acuerdo con la carta fundamental del país.

— IX —

¿Dogmas o herejías penales?

El lector atento desde luego advertirá que mucho de lo que hasta aquí expuse carece de debida fundamentación o de suficiente explicación. Además, puede validamente reflexionar que si la ley o la jurisprudencia regulan en contra de lo que afirmé, pues más vale que me ponga a rezar en misa, en vez de tratar decirla. Porque la ley es la ley. Y, por lo tanto, es dogma. Lo demás... es herejía.

Puede que ello sea verdad... en parte. Pues nadie que se precie de hacer dogmática con seriedad la intentará crear fuera de los cauces de la ley dada. A menos que se cuide de precisar que esa ley se aparta de lo que para él sería la ley deseada. Pero ello en realidad corrobora que sólo es válido lo que se pontifica dentro de la ley. Y que hacerlo en contra de ella... es apostasía... salvo que se preconice a la luz de una más alta regulación: la Constitución. Por lo tanto, eso de dogma y herejía es relativo. Pues lo que parece credo bajo el prisma de la ley, se puede convertir en abjuración cuando se le contrasta con la carta fundamental. ¿Pero será permisible tal argumento frente a la jurisprudencia? Porque en el plano formal es difícil aducir que a aquella se le tache de contraria a la Constitución. Por lo menos cuando la tesis jurisprudencial interprete a la C. en forma directa. Sin embargo, cuando un criterio se opone realmente a los principios que deben regir al sistema penal; límites que surgen de la concepción de un estado democrático y éste sea el que acoge la carta fundamental: la respuesta debe ser sí. Porque aunque se respete a la jurisprudencia como norma o decisión válida formal, cabe denunciar aquella que viole esos principios y límites en contradicción con el espíritu de la propia Constitución. Ya que ésta es la que consagra al Estado Mexicano como a un estado con aspiración democrática y de derecho. Si ello no se reconoce así, entonces vale más permanecer en deserción. Aunque sea al amparo de la razón y de la conciencia y, por supuesto, con base en los principios de nuestra carta fundamental. En verdad, en su octava y novena época la SCJN ya asumió criterios garantistas con relación a algunos pocos de los casos anotados, de los que ha tenido la oportunidad de pronunciarse, mismos que apuntan al ideal de un estado de derecho. Falta siquiera que vayan al mismo paso la jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito y en especial el criterio de muchos tribunales y juzgados penales de los órdenes federales y comunes. Y falta en realidad una reforma a fondo de las legislaciones penales. Mucho más quizá en el ámbito procesal y el ejecutivo que en el sustantivo. Al igual que escasea la actualización y la capacitación amplia, intensa y constante por parte del foro, de los servidores públicos y de la judicatura en la materia penal.

Ejercí la profesión de abogado desde hace treinta años. Principalmente como postulante y en la judicatura. Confieso que muchas veces fui hereje en mis reflexiones frente a la ley y ante ciertos criterios de jurisprudencia. En algunas ocasiones creí fundadamente que mis herejías no eran tales bajo el manto protector de la Constitución. En algunas otras, sólo tuve la percepción de que me protegía el amparo supremo de la carta fundamental. Pero en unas y otras mi repudio lo atiné a fundar en mi conciencia y en la razón de que esas herejías —que recusaban a la ley— lejos de contrariar a la Constitución la refrendaban en su espíritu democrático. En el sentido de ser concepciones benéficas que el Estado debe instrumentar para el debido equilibrio entre los intereses legítimos de las personas y de la sociedad. Con agrado participé para que numerosas de esas apostasías se convirtiesen en dogmas. En otras ocasiones vi con igual gusto, cómo muchas otras de esas renegaciones se convirtieron en credos. Ahora se les reconoce en la ley o por la jurisprudencia. Pero igual admito que en no pocas ocasiones defendí con ahínco dogmas de los que después abjuré. Y declaro, además, que hay muchos otros en contra los que todavía me rebelo... aunque entre ellos se hallan de los que aún dudo cuál herejía es la correcta. Y es que eso depende en mucho de si el planteamiento se acerca a la concepción de un estado democrático. O bien si la propuesta se distancia de ella y se orienta a la de un estado autoritario.

Este libro trata acerca de una pequeña pero fundamental parcela de esos «dogmas» y esas «herejías» del sistema penal en México y en Coahuila a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y al inicio de la presente centuria, la relativa a la ley penal y al delito en el ámbito de la "Parte General" del Derecho Penal. Pero dogmas y herejías en la medida en que los preceptos de la ley se distancian o acercan al ideal de estado de derecho al que aspira nuestra Constitución. Y del grado de separación o proximidad a ese ideal al que pudieran apuntar muchas de las reformas penales a la Parte general de los códigos penales. Tan del federal y el del Distrito Federal, como el de Coahuila. Por ello, el enfoque de este estudio no necesariamente es en el sentido que se da a una dogmática formal de la ley positiva. En especial dentro de la ley penal en su amplio sentido. Es decir, como disertación sistemática y circunspecta de las normas penales vigentes en determinado tiempo y espacio. Y, según esto, construyendo ciertas teorías y estructuras formales que hagan coherente el entendimiento de las normas positivas. En tal contexto es indudable que la dogmática es o no es válida, según tenga o carezca del apoyo que le brinden los preceptos legales que intérprete. Y por ello, en el último aspecto el «dogma» podría ser tal si se basa en las disposiciones jurídicas a las que se refiere. Con todo no deja de ser paradójico el que el mismo dogma pueda ser una herejía. Ello dependerá de la medida en que la interpretación o la norma misma y su contenido se alejen de o se acerquen a los principios que animan al estado de derecho que acoge nuestra carta fundamental. Y es que por igual ha de admitirse que de por sí ya existe en sí una latente ilegitimidad jurídica en la idea misma del modelo ideal del estado de derecho. Ella se debe al anhelo de las promesas que se encierran en las normas constitucionales que aspiran a ese modelo de Estado y que luego no se mantienen en sus normas secundarias o en la interpretación judicial de ellas y menos aún en la práctica cotidiana de evidente pobreza. Quizá y sólo en cierta medida —como dice Ferrajoli— aquella paradoja constituya:

(...) una aporía insuprimible en el modelo ideal de un estado de derecho. Pero en verdad —agrega el paradigmático jurista de Italia: (...) esa ilegitimidad puede alcanzar grados patológicos cuando las normas del sistema superior son del todo inefectivas.²⁰

Y esto es lo que sucedió y sucede aún en México respecto a muchas manifestaciones legislativas, judiciales, administrativas y prácticas. Las que muestran claras divergencias, oposiciones y lagunas con relación a la efectividad de las garantías y los derechos fundamentales —humanos y sociales— que recoge nuestra Constitución. De las que el sistema penal —lejos de estar exento— se nutre en forma constante. Y ello sin incluir los intentos conscientes o inconscientes que se renuevan en ese ámbito y siempre con desdoro del ser humano y la sociedad para cebar ese sistema con fórmulas del pretérito cuya ineficacia ya se demostró. Porque ya se pretendió y aún se intenta ir hacia el futuro para regresar al pasado con un gatopardismo trasnochado: ¡Que se vuelva a cambiar la ley! ¡...pero para que todo siga igual o más autoritario a como antes lo estuvo!

Uno de los objetivos del libro es, pues, ver a grandes trazos la evolución jurídica de la Parte General del Derecho Penal dentro del sistema de justicia penal en México y en Coahuila a luz del modelo del estado de derecho que se deriva de nuestra Constitución. Mas ese propósito tiene un fin de más amplios vuelos en tanto se trata de saber si los cambios que se dieron en los últimos 18 años del siglo XX y los primeros años del siglo

²⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocio Cantarero Bandrés, 4ª Editorial, Editorial Trotta, Madrid, España, 2000, pp. 852 y ss.

que se inicia fueron y van en la dirección correcta. De tal modo que se puedan sentar las bases fundamentales de lo que sería un nuevo Derecho Penal Mexicano: en la dogmática de la ley penal y del delito y en su aplicación cotidiana por los tribunales que se ajusten a las aspiraciones de un estado de derecho. Ello involucra examinar algunos de los principales dogmas con los que se nutrió esa parte del sistema. Y en qué medida esas creencias se oponían o ajustaron a dicha concepción del Estado. Muchos de tales criterios, como ya dije, creo que ya se les superó —en especial en la esfera legislativa— durante los últimos dieciocho años del siglo que terminó y los primeros del milenio que se inicia —aunque falte su desarrollo en la jurisprudencia y la praxis—. Axiomas que se le sustituyó por nuevos paradigmas con un enfoque democrático. De los que antes se consideraron herejías. Y los que, sin embargo, aún están por encontrar su eficaz realización. Mas este libro también intenta probar el porqué son validas nuevas alternativas. Y el porqué es mejor para la sociedad que la política criminal de un Estado se oriente en contra de un sentido autoritario —propio del totalitarismo— y sí a favor del garantismo penal. Para ello me apoyaré en los parámetros de justicia, racionalidad y legitimidad que surgen de las garantías en materia penal en los ámbitos sustantivo y ejecutivo. Intentaré aclarar en qué medida se inobservaron o desatienden esos baremos y las garantías penales por la legislación penal ordinaria o en la interpretación judicial o doctrinal. Y aunque de ningún modo desconozco que el quebrantamiento de esas garantías permea igualmente —y con mucho más— a las esferas procesal penal, administrativa y policial —tanto en el campo legislativo, como en el judicial y el práctico—, los límites de este libro, entre otras carencias y apuros, me impiden ir más allá de lo que ya he tocado en esta Introducción.

Debo destacar igualmente que el «método garantista» —que se basa en el contraste de un modelo ideal del estado de derecho con la legislación, la jurisprudencia, la administración y la praxis— de ordinario sirve para deslegitimar las manifestaciones legislativas o jurisprudenciales y las prácticas de carácter autoritario en el sistema penal. Pues acusa su discrepancia con el modelo propio del estado de derecho que se plasma en la Constitución. Sin embargo, ese método de igual manera se puede utilizar para deslegitimar algunas decisiones fundamentales que se pudieran contener en la misma Constitución. ¿Cómo sería eso posible? Ello se podría dar en la medida que aquellas normas constitucionales se alejaren de la auténtica concepción del estado democrático. Pues si al estado democrático idealmente se le caracteriza porque sus normas y acciones han de ser realmente respetuosas de los derechos esenciales del ser humano y benéficas para la sociedad. Entonces sería sustancialmente ilegítima la norma constitucional que permitiera que se instrumenten medidas de corte autoritario contra las personas o que en el fondo no sean benéficas para la comunidad. Se estaría así ante la obligación de sostener una herejía máxima. Pero no por ello perfectamente posible. Y, por lo tanto, del todo válida —de lege ferenda— si es que de veras se pone en evidencia el carácter antidemocrático y autoritario de la regla. Sería pues una herejía que —al denunciar la ilegitimidad de una norma constitucional— se basaría en que esa pauta fuese contraria al modelo ideal del estado de derecho, porque en vez de contemplar acciones respetuosas del ser humano y benéficas para la sociedad, permitiera la restricción o afectación injusta o irracionalmente intolerable de sus bienes jurídicos esenciales. Si existe o no existe algún atisbo de ello en el sistema penal que se desprende de nuestra Constitución Mexicana es algo que está por verse. —Y que en su totalidad no corresponde a este trabajo—. Pero si fuera necesario me atrevería a ser hereje para denunciar algún rasgo opresor en la carta magna. Siquiera para que se demuestre lo contrario. Y ya sea para que a la

interpretación de ese precepto en lo posible se le redirija en concordancia con la aspiración fundamental del pueblo mexicano que es la de constituirse en una república democrática. En la cual, a la soberanía que el pueblo depositó en el Estado y que le pertenece originariamente al pueblo, aquél la ejerza en beneficio del pueblo y de las personas que somos parte de ese pueblo.

Claro es que todo ello involucra en el fondo a problemas de teoría del derecho y de política del derecho. Y aunque ambos aspectos tienen íntima ligazón, se pueden valorar por aparte. La teoría del derecho puede llevar a prescribir ciertas regulaciones. Y un programa legislativo se puede basar en determinados fundamentos teóricos. Mas aunque este trabajo no pretende profundizar en teoría del Derecho y, menos aún, en política de las leyes, esta tesis sí trata en parte de discurrir acerca de la política criminal que se estima adecuada dentro de un estado de derecho para poder contribuir a sentar los fundamentos de un nuevo Derecho Penal Mexicano. Porque incluso desde la perspectiva del estado de derecho, la oposición entre jusnaturalismo y positivismo jurídico ya no se pueda plantear como antes. Mas bien la oposición entre lo que el Derecho «es» y lo que el Derecho «debe ser» se ha de orientar a un examen hacia el interior del orden jurídico y el que se deba conformar con base en una Constitución de corte democrático como lo es la mexicana. Para ver las divergencias posibles entre las leyes o su entendimiento y aplicación práctica —con inclusión del sentido de la propia Constitución— con la Constitución misma y con su espíritu democrático. O dicho de otro modo, para analizar las discrepancias entre el Derecho y su eficacia en el entorno jurídico que ese Derecho debería crear y lo que es igual o más importante, con la realidad que habría de generar. De esa manera, cuando a un estado de cosas se le legitima se justifica el que se le mantenga. Mas cuando se le deslegitima extrañamente se legitima la necesidad de que el mismo cambie. En especial cuando esa deslegitimación y esa legitimación se hacen a la luz de las pautas constitucionales antes dichas y, además, al amparo del espíritu del estado democrático. De aquí que también pretenda examinar, desde una perspectiva jurídica, cuál fue y cuál es la validez de la legislación penal con relación al entendimiento del delito, según los derechos humanos y las garantías penales —reconocidos por la C. — que deben gobernar ese entendimiento en México, en el Distrito Federal y en Coahuila. Las reformas penales que se dieron durante el fin de siglo pasado y el inicio del presente en el orden federal y los nuevos códigos penales del Distrito Federal y del Estado de Coahuila abren un terreno fértil para esto. En tal sentido acusaré las divergencias y los contactos entre aquellos bloques de garantías y las realidades jurídicas del Derecho Penal en el orden federal, del Distrito Federal y el coahuilense. Pues creo que con la denuncia de las oposiciones y la afirmación de las aproximaciones que haya entre el «deber ser» constitucional y el «ser» legislativo y jurisprudencial, es que pueden surgir propuestas para que se reduzca la distancia que haya entre esos extremos en la conformación de un nuevo Derecho Penal Mexicano.

— X —

¿Hacia un sistema penal autoritario o garantista?

Todo ello tiene interés. Porque la justicia penal es la gran preocupación del Estado Mexicano. Porque el que no se dé en los últimos años una respuesta racional, completa y equilibrada con la carta fundamental para el combate contra la delincuencia ha favorecido una serie de políticas inconstantes, muchas de ellas tan coyunturales como disfuncionales y antidemocráticas. Los Indices de criminalidad dejaron de ser cifras negras.

La inseguridad ciudadana cada vez más se vino a convertir en un hecho cotidiano y notorio que sufre cualquier persona. Por ello la seguridad pública frente al delito representa el gran reto de la Nación de cara al siglo XXI. Es un hecho que la sociedad reclama basta ya a la delincuencia y a la impunidad. Pero también es un hecho que los mexicanos reflexionamos sobre el sentido real del sistema penal que debemos tener. Y no cabe duda que todos por igual pedimos de manera urgente una respuesta, la cual debe dar el Estado al problema de la delincuencia. Sin embargo, también es un hecho que todos toleramos —o al menos permitimos de manera inconsciente— que naciera el punto crítico que enfrentan las instituciones. Y de que los juristas tuvimos y tenemos mucho que ver en esas faltas de permisión y de omisión. Aunque paradójicamente a nosotros toque abrir los cauces nuevos para un Derecho Penal Mexicano con espíritu democrático.

Creo que algunas de las causas principales de la infuncionalidad en la procuración e impartición de justicia son la serie de espejismos, falacias y lagunas en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina en amplio sentido. Los que empañan a lo largo de la historia el acceso efectivo a la justicia penal. Y la indiferencia, la ignorancia y la gran resistencia para acceder a nuevos paradigmas. El Poder Legislativo con su imprecisión y sus huecos, por decir lo menos, y el Poder Judicial con muchos de sus criterios, ayudaron al pavimento del camino. Bien señala Luis Efrén Ríos Vega que: (...) Los encargados de las instituciones fueron complacientes e incluso cómplices con la indebida simulación de justicia en la investigación y persecución del delito. Y en realidad con los vicios antedichos no se necesitaban... funcionarios honestos y de carrera. Ni técnicos y profesionales. Lo que se requería... era, absolutamente, lo contrario.⁸¹ En 1998 se planteó y aún se intenta regresar —y en algunos casos continuar— con el sistema corrompido aún más por la práctica. Así al finalizar el siglo se propuso modificar la misma Constitución en sus artículos 16 y 19 para facultar al juez a que limite la libertad de los individuos por la vía de «flexibilizar» los requisitos para detener a una persona y someterla a un proceso penal. Y aunque en el fondo la intención y la letra de la iniciativa fueron diversas a sus motivos, éstos fueron desafortunados por decir lo menos. Porque es verdad que la iniciativa apuntaba a una innecesaria disminución de la carga probatoria para resolver la orden de aprehensión y el auto de formal prisión; pero también la es, que ella no proponía modificación alguna en el punto esencial de la prueba sobre la forma de intervención del inculcado —en su aforo material— ya que ella en su semblante objetivo como elemento del tipo debía estar probada para dictar el auto de formal prisión. La iniciativa tampoco planteaba alteración alguna a la estructura de los elementos del tipo penal —y del delito mismo— según ya se les refería por los artículos 16 y 19 C., en el CPF y otros códigos. Sino que aquella aludía que para dictar el auto de formal prisión debían quedar demostrados los elementos objetivos del tipo penal —lo cual como ya mencioné incluía a la intervención del inculcado en su aspecto material—. Y solo sería suficiente la causa probable de los elementos subjetivos del tipo penal y de la culpabilidad.⁸²

Sin embargo, las críticas a la iniciativa se sucedieron con percepción aguda y se enderezaron fundamentalmente contra su motivación. Ésta suscitaba en verdad confrontaciones innecesarias. —Y también

⁸¹ Luis Efrén Ríos Vega, "Hacia un sistema penal autoritario" en *ABZ. Información y Análisis Jurídicos*, ABZ Editores, Morelia, Mich. Méx. núm. 90, año IV, 2a. quincena de marzo de 1997, p. 6.

⁸² Aunque se debe reconocer que el dejar a los elementos subjetivos del tipo penal del lado de la responsabilidad penal ya implica una seria limitación y un descalabro a las garantías de libertad y seguridad jurídica, dadas la inadecuada reglamentación y la ambivalente jurisprudencia de cuándo y con base en qué se debe estimar que hay causa «probable» de responsabilidad penal. Al respecto, ver el CAPÍTULO NOVENO.

era indicadora de que la misma reforma era infundada y peligrosa—. Contra aquella motivación se argumentó que si sólo se requiriese un mínimo de exigencia probatoria para detener a una persona, ¿para qué entonces se habría de capacitar a los cuerpos de policía? Porque parecía volver a cristalizarse la tentación de iniciar procesos con pruebas deleznable, convirtiéndolos en un fin en sí mismos. Y ello aunque —en el fondo y a la postre— el resultado fuese la impunidad a través de sentencias absolutorias a costa de más vulneraciones de la libertad personal. Ante esa situación el Congreso de la Unión intentó zanjar el debate con justicia salomónica. Pero el subterfugio parlamentario partió al niño en dos, porque volvió a la añeja expresión del "cuerpo del delito". Y más aún, en los motivos del dictamen se la acotó a su significado más pobre —ya superado por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia mexicanas antes de la reforma de 1993 a los artículos 16 y 19 C—: El cuerpo del delito equivaldría al conjunto de elementos materiales u objetivos de la infracción. Y en la categoría de la responsabilidad habría de examinarse la causa probable de la intervención del inculpado. Con lo cual pareció trasladarse como materia de la causa probable, no solo a los elementos subjetivos del tipo penal, sino, además, a las formas de intervención en su aspecto objetivo. Ello quizá podrá ser así ahora..., al menos que sea la misma ley o la judicatura las que —sensatamente— visualicen el contenido correcto de la garantía y la amplíen, dándole al cuerpo del delito su auténtico contenido conceptual. De tal modo que el cuerpo del delito equivalga a todos los elementos del tipo penal. O al menos a "todos" los elementos objetivos del mismo tipo penal —y, por lo tanto, que como parte de él deba quedar probada la intervención típica del inculpado en su aspecto material— dejando la causa probable sólo para la culpabilidad en el primer caso; o al dolo, a la culpa y a la misma culpabilidad en el segundo. Y si con relación a la primera postura se argumentase que la exigencia de concebir a los elementos subjetivos del tipo penal dentro del cuerpo del delito contradiría los motivos del constituyente, ello de todas suertes es posible y perfectamente válido en tanto la C. prohíbe restringir las garantías, pero no veda el extenderlas. Mientras esto no suceda —o incluso se vuelva a reformar la misma C. — el concepto de «causa probable» adquiere de nuevo alcance relevante como categoría especial de prueba de la responsabilidad penal a efecto de iniciar un proceso penal. Camino que es el que se debe transitar en cualquier caso para decidir la categoría sustantivo-procesal de la responsabilidad penal que funde una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

No es tarea del Derecho Penal examinar el porqué esos y otros intentos de deformar y la resistencia a nuevos rumbos de Derecho con sentido democrático tienen en el ámbito procesal penal un contenido autoritario e infuncional. El populismo es su divisa. Y él dice: A la delincuencia hay que combatirla (reduciendo las exigencias para que el Estado intervenga en la esfera jurídica de las personas.) Y aquél agrega: Si a ese combate se le limita, se favorece la impunidad, (aunque eso signifique iniciar procesos con pruebas endebles que a la postre sí determinan esa arbitrariedad). Se olvida así que lo que importa es la eficacia de la lucha contra la impunidad y no la simulación ni los espejismos de esa eficacia. En su fondo aquella retórica es tan falsa como lamentable. Más aún cuando con ella lo que se logra es que empeore la situación. Mas todavía cuando esas ilusiones de justicia se cristalizan a costa de las libertades individuales, de los derechos humanos mismos y de la frustración de los ideales de un estado de derecho. Empero, sí toca al Derecho Penal Mexicano ver las categorías del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal como normas que instrumentan al delito del campo sustantivo al terreno adjetivo. Y, por lo tanto, si una labor dogmática del Derecho Penal es la

concepción jurídica del delito; también será tarea de esa dogmática examinar la compaginación que debe haber entre la noción del delito con esas categorías procesales. Lo que de paso permitirá analizar cuándo hay «causa probable» de la responsabilidad penal. Y ver un aspecto del por qué el flexibilizar los medios para que se accione y administre la justicia, por una parte; y por la otra, el endurecer a aquélla de manera ciega, en realidad se traduce en abuso y relajamiento en la investigación del delito. Así como por qué aquello da motivo a más venganzas de corrupción y vuelve a plantear la generación de quimeras de justicia. En vez de combatir a los primeros y hacer a la segunda una realidad eficaz. Con relación a la reforma de 1998-1999 a los artículos 16 y 19 C., aquél fue el sentir de muchos destacados juristas mexicanos. Dentro de los que sobresalen —además de muchos otros— Enrique Díaz Aranda, Fernando García Cordero, Sergio García Ramírez, Raúl González Campos-Salas, Olga Islas, Moisés Moreno Hernández, Saúl Lara Espinoza, Gabriel Regino, Raúl Plascencia Villanueva, Luis Efrén Ríos Vega, Jesús Zamora-Pierce, Guillermo Zepeda Leucona, Arturo Zamora Jiménez y Arturo Cedillo Orozco.⁸⁵

La reforma y la deforma al sistema penal se pretendieron y se pretenden dar en un tiempo de crisis y de evolución del sistema penal mexicano. En un tiempo en el que persisten hábitos arraigados y fuertes inercias. Y, además, reacciones para volver al afejo sistema del que muchos todavía se aferran y se resisten en abandonar. Pero en un tiempo en el que, a la vez, se plantean nuevos paradigmas. Y cuando otros ya se superaron por otros modelos nuevos, aunque parece que muchos aún no lo adviertan así en la doctrina, en la judicatura y en el foro. Más esos nuevos prototipos que exigen un cambio ya están aquí y ahora. Este libro tiene por objeto aclararlos y visualizarlos en el espectro de la Parte General del Derecho Penal Mexicano. Y a la vez, exponer algunas de las falacias que se sembraron en el campo sustantivo penal y que evitaron e impiden consolidar en la práctica el sistema penal que fluye de nuestra carta magna. Parte de la base de que una porción de la inoperatividad y disfuncionalidad de la justicia penal en México se debe a la distorsión de conceptos, instituciones y principios jurídicos del sistema penal que emana de la Constitución de 1917. Pero también trata de apuntar cuáles son las bases y las directrices a seguir en el ámbito de la ley penal y el delito —en el plano legislativo, judicial y dogmático— que nos acerquen cada vez más al ideal de un estado de derecho. La política totalitaria —que con insistencia pretende dominar— carece de memoria. Olvida que las

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

⁸⁵ Enrique Díaz Aranda, *Cuerpo del delito: Causalismo y finalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001 y "Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?, en *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, en coautoría con Enrique Giménez Ordeig, Christian Jäger y Claus Roxin; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001; Fernando García Cordero, "La Iniciativa de Reforma Constitucional 1997-98" en *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 58 y ss.; Sergio García Ramírez, "Una reforma constitucional inquietante (la Iniciativa de 9 de diciembre de 1997)" en *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 3 y ss.; Raúl González Campos-Salas, "¿Reformer la Constitución para combatir la delincuencia?" en este país. *Tendencias y opiniones*, Méx., Núm. 90, septiembre de 1998, pp. 37-41; Olga Islas, "Comentarios a la Iniciativa de Decreto que reforma los artículos 16, 19, 20, 22 y 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" en *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 42 y ss.; Moisés Moreno Hernández, "Análisis de la Iniciativa de Reformas Constitucionales en Materia Penal (artículos 16 y 19)" en *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 84 y ss., así como "El combate a la delincuencia" en *El Universal*, Bucareli Ocho, Méx., domingo 8 de septiembre de 1998, p. 18 y ss.; Saúl Lara Espinoza, *Las Garantías Constitucionales en materia Penal*, Editorial Porrúa, México, 1999, pp. 207 y ss.; Gabriel Regino, "Reflexiones sobre la Iniciativa de reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo" en *Lex, Difusión y Análisis*, Méx., Tercera época, año IV, núm. 34, abril de 1998, pp. 17 y ss.; Raúl Villanueva Plascencia, "La Iniciativa de Reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución y la Propuesta de Reformas al Código Penal" en *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 114 y ss.; Luis Efrén Ríos Vega, "Hacia un sistema penal autoritario" en *ABZ. Información y Análisis Jurídicos*, ABZ Editores, Morelia, Mich., Méx., núm. 90, año IV, 2a. quincena de marzo de 1997; Jesús Zamora Pierce, "El juicio penal en rebeldía", *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril de 1998, pp. 52 y ss.; Guillermo Zepeda Leucona, "Delincuencia: fechoría reformadora y los sófanos de la impunidad" en *Revista del Senado de la República*, Méx., V. 4, no. 11, abril-junio de 1998, pp. 87 y ss.; Arturo Zamora Jiménez "Cuerpo del delito y tipo penal", tercera reimpresión, Ángel Editor, México, DF., 2001; y la amplia opinión de Arturo Cedillo Orozco, en la misma obra inmediate anterior citada, pp. 35 a 39. No obstante, también hubo quien se expresó en contra de la reforma constitucional de 1993, como sucedió con José Nieves Luna Castro en su estudio monográfico "El concepto de tipo penal en México, (Un estudio sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional)", Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

tendencias autoritarias ya vieron su fracaso al generar ellas mismas la crisis en la procuración e impartición de justicia. Es necesario pasar ahora de la espiral viciosa al círculo virtuoso, en el que se destiernen de la legislación, de la jurisprudencia y de la praxis a los mitos y las fallas que envenenan el sentido real del sistema penal que programa la carta fundamental. Y que permita que se le construya con principios seguros, sólidos, humanistas y democráticos. Es tiempo pues de que la impunidad se combata con una política criminal democrática o apoyada en los ideales de un estado de derecho que renueve las instituciones y anime la interpretación del Derecho con el que se construya el sistema penal mexicano. El que se base en reconocer a los derechos humanos. Y el que a través de la eficacia real de sus normas en verdad ofrezca la seguridad, la justicia y el bien común que tanto pide y necesita México.

Solo resta apuntar que para hacer el análisis y los contrastes de la legislación penal y su jurisprudencia con la Constitución y el modelo ideal del estado de derecho, me referiré principalmente al Código Penal Federal (CPF) de 1999 —que tiene su antecedente inmediato y completo en el Código Penal del Distrito Federal aplicable en toda la república en materia federal de 1931, pues salvo la reforma de algunas disposiciones en el año de 1999 solo se le cambió de nombre—⁸⁴, al nuevo Código Penal del Distrito Federal (CPDF) en vigor desde el 13 de noviembre de 2002, y al Código Penal de Coahuila (CPC) —que inició su vigencia el 1° de septiembre de 1999—. Así como a la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (C.) Ocasionalmente cito también al Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal (CPPDF) y al Código de Procedimientos Penales de Coahuila (CPPC.)⁸⁵ Al igual que a tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) o de sus tribunales colegiados de circuito y del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila (TSJC.) Escogí en particular esos códigos por dos motivos: Porque por un lado, el CPF sirve de modelo principal para ver la evolución en general del Derecho Penal Mexicano hasta fin del siglo XX y principios del siglo XXI. Y por el otro, porque apenas el CPC inició su vigencia el 1° de septiembre de 1999 y el CPDF la inició el 13 de noviembre de 2002 y ambos reflejan —aparente y realmente— diferentes alcances de la política criminal instrumentada, aunque en lo que atañe al entendimiento del delito, muchas de ellas coinciden y otras —las menos— difieren con las que se pueden desprender del CPF.

El desarrollo de este libro lo hago en las cuatro partes siguientes: **Primera parte.** Las bases de una política criminal garantista y la fundamentación de un Derecho Penal según los fines y los límites sustanciales a la potestad de punir. **Segunda parte.** Los límites formales a la potestad de punir y los ámbitos de aplicación de la ley penal. **Tercera parte.** El sistema dogmático de un Derecho Penal con orientación democrática. Los límites sustanciales a la concepción jurídica del delito: La conducta y el tipo penal como límites a la concepción del delito. El tipo penal y el cuerpo del delito. El contenido del tipo penal y sus límites a la concepción del delito. Los límites a las formas de intervención en el tipo penal. Los límites a la tentativa punible. La antijuridicidad como límite a la concepción del delito. La culpabilidad como límite a la concepción del delito. **Cuarta parte.** Los límites a la aplicación de las penas y su ejecución.

⁸⁴ Cuando me refiera a normas del CPF, vigentes antes de 1999, en realidad me referiré en realidad al citado *Código Penal del Distrito Federal aplicable en toda la República en materia federal de 1931*.

⁸⁵ También emplearé las abreviaturas siguientes: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); Semanario Judicial de la Federación (S. J. F.); Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJ.F.); y Tribunal Superior de Justicia de Coahuila (TSJC.)



PRIMERA PARTE

**LOS FUNDAMENTOS Y LOS LÍMITES SUSTANCIALES
A LA POTESTAD DE PUNIR**

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

®

CAPÍTULO PRIMERO LAS BASES DE UNA POLÍTICA CRIMINAL GARANTISTA

— I —

El modelo de estado y la clase de su política jurídica

Las constituciones políticas de los diferentes Estados del mundo contienen las decisiones fundamentales que orientan a su sistema jurídico y político. De ahí que la misión del Derecho en un determinado orden social esté —o deba estar— en relación directa con el contenido, los ideales y el modelo de estado de la Constitución que lo rige. En la actualidad se distingue entre dos modelos ideales de estado: el modelo del estado de derecho o democrático y el del estado absolutista o autoritario.⁶⁶ En la vida moderna ambos tipos de Estado tienen el común denominador de que se rigen por leyes. Pero la diferencia específica entre ellos estriba en que el ideal de estado de derecho —además de que funciona a través de cauces jurídicos— se ajusta a una serie de principios que limitan al poder del propio Estado. Esos principios se basan en que es el mismo Estado el que respeta a los derechos de las personas en su Constitución Política. Pues las primeras decisiones fundamentales en ese sentido estriban en el hecho de que en la C. se consignan los derechos humanos y las garantías individuales de todas las personas y, además, en que a la “soberanía” se le hace residir en el pueblo a efecto de que el Estado la ejerza en el bien del mismo pueblo. (Artículos 1° a 29, 39 y 40 C.) Por lo tanto, es a las personas que integran ese pueblo a quienes les corresponde elegir a sus gobernantes. Pero para que éstos —en el ejercicio del poder que les confiere el pueblo— actúen en beneficio de él y respeten las garantías que la misma Constitución establece y los derechos humanos de los que ella parte. A grado tal que en la moderna teoría del Derecho Constitucional ya se plantea la idea de que: “...la Constitución es «previa» al Estado. Así Peter Häberle sostiene que (...) si todo el poder del Estado proviene de los ciudadanos que se “encuentran” en la comunidad ciudadana, no queda entonces ningún espacio para un poder estatal extra o preconstitucional. La Constitución debe concebirse así como “previa” al Estado, a pesar de la importancia que éste pueda tener o conservar”.⁶⁷ El que se reconozca lo anterior se traduce, además, en una serie de garantías que observará el Estado creado por la C. para que limite su poder en respeto a los derechos de las personas y lo ejerza en beneficio de la sociedad. Garantías que aquél deberá desarrollar en el orden jurídico secundario. Es decir, en el que maneja de la Constitución.

Para que se implemente lo anterior se divide el poder del propio Estado. Y en la C. se forma así a los poderes legislativo, judicial y ejecutivo. Esa división de poderes ya significa de por sí otra limitación al poder estatal. En efecto, el artículo 49 C. consagra el principio de la división de poderes al establecer que: “*El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial*”. De la división de poderes —nos dice el distinguido jurista Moisés Moreno— se sigue también que: (...) El Estado debe estructurarse en diversos órganos, cada uno de los cuales tiene delimitada su función por la propia ley para proteger a los hombres

⁶⁶ Sobre este particular, véase Antonio E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pp. 187 y ss.; Ángel Garrarena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1992, pp. 195 y ss.; G. Betiol, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, pp. 51 y ss. Peter Häberle, *El Estado Constitucional, Estudio introductorio*, traductor e índices, Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

⁶⁷ Peter Häberle, *El Estado Constitucional*,... op. cit., pp. 20 y 21.

frente al despotismo, derivándose de ello otros principios, como son el de reserva y el de legalidad.⁸⁶ Lo cual a su vez, agrego por mi parte, tiene su complemento en las garantías de los artículos 14 y 16-párrafo primero, de la C. Por el contrario, en un estado absolutista o autoritario, aunque cuenta con un orden jurídico éste obedece a otros principios, tales como el de concentración de poderes y el de oportunidad o de utilidad. De los que se excluye del primer plano a los derechos humanos. Porque éstos —en concepto confesado o inconfesado del autoritarismo— dificultan la realización oportuna de otras prioridades. Lo anterior, por cierto —incluso en sociedades formalmente democráticas— ha llevado a declarar que mientras la "sociedad estatal" no sea satisfecha con otras necesidades, todavía no es el tiempo de la vigencia plena de los derechos humanos.⁸⁷ De aquí cabe explicar en parte la ausencia, la disfunción o la ineficacia de controles de información e invalidación de las violaciones de los titulares de los poderes públicos, en especial cuando se trata de los ámbitos de la política, la administración pública, las finanzas públicas y la economía. De ello se sigue la idea siguiente: No todo Estado que se rija por leyes será por ese mero dato un estado de derecho. Pues para ello es insuficiente que el Estado tenga un cuerpo legal y se sujete o trate de ceñirse a él. *El Estado sólo será un estado de derecho en la medida en que con sus actos —legislativos, administrativos y judiciales— reconozca, respete y desarrolle el disfrute de los derechos humanos y beneficie a la sociedad que gobierne, auto-limitándose y guiándose eficazmente por esas virtudes.*

Ese reconocimiento y las garantías de esos derechos los debe hacer el Estado a través de los cauces formales que se derivan de los principios antes mencionados. Mas la libertad, la igualdad y la dignidad humanas, la legalidad y los demás derechos y garantías que supone el estado de derecho se deben manifestar más allá del plano formal. También, y sobre todo, se deben evidenciar en el plano material. En el de la realidad social, cultural y económica y, por supuesto, en el entorno jurídico que rija a esas realidades. Ya que en un estado de derecho tanto el Estado como el Derecho son producto de la voluntad general. En oposición con el estado autoritario, donde el Derecho y el poder residen en manos de una o de pocas personas para que aquellos actúen en el patrocinio de sus intereses. A diferencia del Estado democrático donde ese Derecho se formula para beneficio de la gente y el respeto a las garantías y los derechos personales. Aquella concepción deviene del principio democrático que se expresa en la idea de la «soberanía popular», la cual —dice Pérez Luño— (...) lejos de ser una categoría abstracta o puramente retórica, entraña una respuesta normativa al problema de la legitimación política en el plano material y formal.⁸⁸ El principio de la «soberanía popular» es entonces una condición por la que se garantiza que cualesquier ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado se base en su legitimación popular y se realice en interés del pueblo y con ajuste a las garantías personales. Y, por ende, en favor de las personas que forman al mismo pueblo. Bien dice Mir Puig —cuando interpreta el sentido del Estado social y democrático de Derecho que se estipula en el artículo 1° de la Constitución Española— que: (...) la fórmula «Estado social y democrático de Derecho» supone no sólo la tentativa de

⁸⁶ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, Editorial Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 1999, p. 42

⁸⁷ Menciona y crítica esa clase de posturas Luigi Ferrajoli, *Derecho y Garantías, La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, pp. 28 y ss.

⁸⁸ Antonio E. Pérez Luño, *Derechos Humanos...*, p. 204

someter la actuación del Estado social —a la que no se quiere renunciar— a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real.”

Ahora bien, ninguna duda cabe que el Estado Mexicano se sustenta en la aspiración a un estado democrático y de derecho. Pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 39 dispone que: *“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo”*. Y, además, que: *“Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”*.⁹¹ En su turno el artículo 40 establece que: *“Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, «democrática», federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental”*.⁹² En tal línea de pensamiento, un Estado que aspire a ser una república democrática será aquél en el que la democracia signifique para la república algo más que la voluntad de la mayoría y la forma de elegir a sus gobernantes. Pues ello sólo vendría a ser una democracia formal. Un estado democrático será el que, además, contemple a la democracia como una forma permanente de gobernar con respeto a las garantías y los derechos del ser humano y en beneficio de la sociedad. Y el que, por tal condición, admita el imperativo de organizar de manera eficaz los actos de gobierno de sus tres poderes y órdenes de autoridad en favor de aquellos. Esto es la democracia sustancial. La idea misma de democracia se cimienta en admitir el derecho humano de elegir. Y el derecho de elegir surge del derecho que tiene toda persona a ser libre y, por lo tanto, de beneficiarse con sus actos libres o de responder por ellos. El estado democrático debe buscar entonces en ese marco respetar a la persona y lo que sea benéfico para la sociedad. Para que la persona viva y se le trate como ser humano digno —artículo 3° de la C— y para que la sociedad se desarrolle y prospere en paz. Todas estas aspiraciones —y en especial el entendimiento de la democracia como una democracia sustancial más que como simple forma de llegar legítimamente al gobierno— ya se explican de por sí —con el sentido y fines que se apuntan— en el artículo 3° de la Constitución, que concibe a la democracia: *“No solamente como una estructura jurídica, y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”*. Y más aún, cuando el artículo 25 C, dispone que: *[El Estado] “... [a efecto de fortalecer el] régimen democrático... que... permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales..., ...llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución”*.

De aquí entonces que el que haya un orden jurídico legítimo depende en mucho de la concepción del Derecho en un Estado. O al menos la que de él se tenga en un Estado para el que la democracia simbolice una forma permanente de gobernar reconociendo la esencia del ser humano y el imperativo de entender y organizar de manera eficaz los actos de gobierno para que a aquél se le respete en sus bienes jurídicos. El estado democrático ha de buscar entonces en esa dirección lo que sea necesario para que la persona viva y se le trate como un ser humano digno y para que con actos benéficos de gobierno la sociedad se pueda desarrollar en paz. Por ende, el Estado que se apoya en esas bases es un Estado que se auto-limita en su poder y que lo

⁹¹ Santiago Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, p. 33

⁹² Los corchetes, naturalmente, son míos.

⁹³ *Idem*.

dirige en favor del grupo humano que gobierna. El Estado democrático es en suma un Estado en el que al Derecho se le estructura como un conjunto de normas que surgen de reconocer a los derechos individuales y sociales del ser humano y que procura apoyarlos para su desenvolvimiento en sociedad y lograr la paz y el bien común. A la par que diseña las prestaciones sociales y de gobierno necesarias para el disfrute y desarrollo de aquellos bienes y valores. Por ende, en el que al Derecho se le organiza con reglas que reconozcan a esos derechos al tutelar los bienes jurídicos en los que aquellos se cristalizan. Y el que en ese contexto instrumenta los preceptos conducentes para hacer que aquellos se respeten y, en su caso, se resarza por su lesión. Y del mismo modo desarrolla los mecanismos jurídicos por los cuales se puedan corregir con oportunidad razonable las desviaciones o abusos del poder estatal en perjuicio de las garantías y los derechos de las personas.

¿Mas es cierto todo eso en el contexto de la Constitución Mexicana? El hecho mismo de que el artículo 1° de la ley fundamental diga que *"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece"*, revela que la propia carta fundamental parte del presupuesto de la existencia de los derechos humanos. Los que reconoce como tales. Y es con el fin de protegerlos que «otorga» las «garantías» conducentes. Las garantías que la Constitución otorga es para hacer eficaz el respeto a los derechos humanos, porque aquellas en su sentido instrumental no son ni constituyen a los derechos humanos. Es decir, las garantías individuales son herramientas con las que se fijan parte de los límites a los que el poder del Estado se debe ajustar en sus actos con relación a los derechos humanos. Las "garantías" sirven o deben servir a "todas" las personas como avios jurídicos para que puedan hacer valer esos derechos y se defiendan de los actos que rebasen esos límites atentando contra ellos. De aquí que si bien pueda ser verdad que debido a su naturaleza instrumental ciertas garantías no sean en sí un derecho humano; lo cierto es que esas garantías son bases mínimas para que se respete a los derechos humanos. Mismos que en lo esencial también se les reconoce de manera expresa en gran parte de los primeros 29 artículos de la C. bajo la denominación genérica de *"Garantías Individuales"*. En éste amplio sentido de garantía, sí es que pueda aceptarse que las mismas comprenden tan a los derechos humanos como a las normas instrumentales de corte constitucional para respetar algunos de ellos. Pero ni siquiera así es admisible que sea la C. la que "otorgue" los derechos humanos. Estos son previos al Estado y una Constitución de corte democrático no es sino la expresión de ese reconocimiento. De esta manera las garantías —tan las sustantivas, como las instrumentales— se convierten en los pilares y los lindes básicos en los que el Estado se deberá apoyar y a la vez ajustar y orientar cuando ejerza su poder tan en sus actos legislativos, como en los administrativos y en los jurisdiccionales con relación a las personas. Garantías que en su aspecto sustantivo de "derechos" los reconoce ahora la C. de manera expresa en la mayoría de sus primeros 29 artículos dedicados a las "garantías individuales".²⁴ Para hacerlas eficaces, tan a unas como a las otras al Estado le corresponde apuntalarlas, desarrollarlas y perfeccionarlas en aquellos ordenes.

²⁴ Cifra, ver el apartado siguiente: La política criminal en un estado de derecho.

La noción de garantía entendida como consagración de un derecho viene de Francia. La "Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano" de 1789 constituye la proclamación de los derechos básicos inherentes al ser humano que por esa vía buscó su respeto. Como se trata de derechos naturales, anteriores y superiores al Estado, éste no tiene más que reconocerlos. Pero con el objeto de que se les respete es que el Estado debe otorgar las «garantías», que no equivalen a los derechos mismos, sino a las medidas por las que se asegura su acatamiento. Providencias que le corresponde al legislador desarrollar para que operen con eficacia. De esa forma, a los derechos de las personas no solo se les garantiza a través de que se les "reconozca" en un mandamiento constitucional; sino, mejor aún, por medio de disposiciones sustantivas e instrumentales en las que se limite el poder del Estado o se le faculte, según los casos, para hacer respetar aquellos derechos o hacerlos efectivos.⁶⁶ Esas normas se contienen en las mismas Constituciones. Pero a su vez, el orden jurídico secundario les debe regular con claridad y desarrollar con eficacia por tratarse de garantías constitucionales. Es válido incluso que la ley amplíe el margen de esas garantías si ello redundaría en beneficio de la persona y de la comunidad o de una de ellas sin perjuicio de la otra. A las preguntas de si: ¿contiene la Constitución un inventario de garantías máximas, cuya ampliación se deba disponer por la propia ley fundamental? O por el contrario: ¿se trata tan solo en la Constitución de un catálogo de garantías mínimas, que el legislador secundario puede ampliar? Aunque las respuestas que dan los analistas son contradictorias, García Ramírez precisa: (...) En un Estado de derecho democrático, humanista, pendiente de la libertad del hombre, los derechos públicos subjetivos establecidos en la Constitución son apenas el «minimum» irreductible, que ninguna autoridad —ni la legislativa, el Congreso de la Unión o los congresos de los Estados— puede reducir, estorbar o cancelar.⁶⁷ Si se tiene presente, además, que el texto del artículo 1º de la carta fundamental asegura a toda persona las garantías que estipula aquella: (...) *las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece...* No cabe entonces menos que coincidir con el ilustre jurista: [s]e prohíbe, pues, restringir y suspender, pero no ampliar o extender.⁶⁷

Por otra parte, es innegable que la Constitución de 1857 se adhirió a la tesis iusnaturalista que se acaba de exponer, pues el artículo 1º proclamó que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales. Sin embargo —y con pie en el actual artículo 1º que dispone que la Constitución "«otorga» las garantías"— se podría alegar también que la carta fundamental de 1917 se afilió a la tesis positivista, con la cual se argüiría que los derechos son creados por el orden jurídico. Fix Fierro señala: (...) hay indicios para suponer que el Constituyente de 1916-1917 no tenía una idea precisa de lo que implicaban ambas concepciones (y, por lo tanto, no pretendió zanjar la discusión), pero sí consideraba que los derechos sociales

⁶⁶ Un ejemplo claro de mecanismo de control protector del derecho a la libertad, se encuentra en el mismo artículo 16 C. con relación a la ratificación de la legalidad de la detención o retención del indiciado que debe hacer el juez tan pronto reciba una consignación con detenido. Así mismo, son ejemplos de medios legales de autocontrol para la obtención de la verdad histórica de los hechos a través de medios de prueba confiables y del debido proceso penal: Las cláusulas de invalidez de diligencias sin ciertas formalidades y las de los medios de prueba que se obtengan ilícitamente, que prevén los artículos 64, 68, 72, 76, 77, 151, 183, 184, 188, 191, 210, 210, 263, 284, 282, 290, 338, 374, 387, 403, 435, 439 y 471 del CPPC; así como las causas de nulidad de pleno derecho por falta de formalidades, de los artículos 150, 156, 176 a 183 del CPPC. Por el contrario, los artículos 180 del CFFP y 124 del CPPDF sólo contienen la cláusula "declarativa" que en lo conducente dice que "... se podrán emplear los medios de investigación que se estimen conducentes siempre que no sean contrarios a derecho", o bien que "... esos medios no estén reprobados por la ley". Pero el CFFP y el CPPDF nada previenen de las consecuencias en caso de que no sea así y sólo el primero prevé la invalidez de la inspección que se practique sin el funcionario que debe llevarla al cabo y de la confesión ante la Policía Judicial. Por lo que atañe a la nulidad por la violación de formalidades esenciales, el CFFP nada más permite hacerla valer en la siguiente diligencia en la que intervenga la parte a la que afecte la nulidad (artículos 27 bis, 206 y 287 del CFFP.)

⁶⁷ Sergio García Ramírez, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, 14ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Editorial Porrúa, S. A., México, 1999, p. 228

⁶⁸ Idem.

debian quedar claramente establecidos y definidos en la Constitución, lo que se puso sobre todo de manifiesto al discutirse los derechos sociales. Hoy se acepta, más allá de las discusiones filosóficas, que los derechos pierden valor si, además, no existen los medios para hacerlos efectivos, es decir, que éstos son tanto o más importantes que la declaración del derecho mismo.⁹⁸ Pero desde el enfoque del estado democrático que antes se delineó de acuerdo con los artículos 3°, 25, 39 y 40 de la C. y, además, con el contenido actual de los primeros 29 artículos de la C., es innegable el imperativo que existe para los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de ejercerlos con respeto de los derechos de las personas y para procurar el bien común. Y, asimismo, que para cumplir esos fines el Estado cuenta con el Derecho como uno de los medios principales. Éste se crea por y para el ser humano. Por lo tanto, es un equívoco trastocar la naturaleza del Derecho para convertirlo en un fin en sí mismo. El Derecho es para las personas y no éstas le son para él ni en virtud de él. Por ello es que debemos entender el cambio de paradigma, pues ya no se trata del Estado legislativo de derecho, sino del Estado constitucional de derecho. No se trata pues, de que si el Estado se auto-limita a través de leyes que la mayoría decide, sino de que el Estado de por sí «ya ésta limitado» por los derechos humanos, sus garantías individuales, los derechos sociales y los ideales democráticos que recoge nuestra Constitución. (...) Contra los que —dice Ferrajoli— la mayoría ya no puede decidir o no-decidir validamente contra su realización eficaz.⁹⁹ El Estado tiene el imperativo de gobernar con respeto de las personas y en beneficio de la sociedad conforme a las garantías individuales y los derechos sociales que la propia Constitución consagra como ideales en forma rígida. Porque esta es la verdadera dimensión «sustancial» de la democracia. Dimensión «democrática» que retroactúa sobre la misma democracia como tal. Bien apunta Perfecto Andrés Ibáñez: [La democracia]... ahora, no se agota en el respeto de las reglas procedimentales de formación de la voluntad popular propias del sistema representativo, puesto que la aludida nueva dimensión tiene que materializarse en el «contenido» de los actos del legislativo.¹⁰⁰

De aquí que ya no podamos conformarnos con la posición de un derecho paradigmático mexicano donde la Constitución dice una cosa, las leyes otra, la jurisdicción otra más y la realidad muestra otra distinta. Donde se ve una rama, pero no se advierte el árbol, menos el bosque, ni sus veredas, sus arroyos, sus cauces y sus fuentes. No podemos conformarnos con una visión que enfoque a la sociedad y no mire a los individuos. Ni que sólo vea a las personas, pero desatienda a la gente. Menos aún podemos aceptar aquella visión que se concentre en el Estado sin atender al pueblo y las personas por igual y en debido equilibrio. Es cierto que la realidad siempre tenderá a ser distinta a los imperativos ideales del estado de derecho. Más así como no debemos confundir el "ser" con el "deber ser", tampoco nos debemos contentar con supuestas aforías insuperables. Nada hay de quimérico en denunciar el distanciamiento y menos todavía la oposición entre la Constitución, la ley y la jurisprudencia que no se pueda eliminar o al menos reducirse significativamente. Como tampoco es ya suficiente contar con leyes consecuentes con la carta fundamental, pero que son simplemente declarativas o sólo programáticas. Sin fórmulas claras ni mecanismos efectivos para su función y vigencia eficaz. Y sin los autocontroles posibles y necesarios para corregir las desviaciones y los abusos de poder. Es

⁹⁸ Héctor Fix Fierro, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, 14ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Editorial Porrúa, S. A., México, 1999, p. 3

⁹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 19.

¹⁰⁰ Perfecto Andrés Ibáñez, "Prólogo" a Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías*, idem, p. 11.

ya inadmisibles la falacia naturalista o neo-determinista de que nuestros sistemas son como son porque no podrían ser de otro modo. Así pues —según aquella— teorizamos la descodificación, la deslegalización o la desregulación. Porque sería bueno que esto sucediera de manera reflexiva, para simplificar y hacer funcional y eficaz un orden jurídico que respete al ser humano y beneficie a la sociedad. Pero sería malo que ello se dé favoreciendo lo contrario y subordinando el derecho sustancialmente democrático al derecho formalmente democrático. El que se nutra por imperativos de carácter puramente económico, tecnológico o político que sólo se sustentan en la oportunidad. No se trata entonces de ir a los extremos, del mito difuso del idealismo a la normatividad excesiva o de ésta a la regulación disfuncional y neutra. Ni una ni otra cosa. Porque nada hay de inevitable y postergable en la ineficacia de los derechos y en su violación sistémica por parte de la autoridad. Nada hay de irremediable en la abusiva condensación que deja amplios márgenes para la arbitrariedad o en la misma normatividad excesiva. Esto es, en normas simplemente retóricas o en el contrapunto de la actual fragmentación tan abundante como irreflexiva donde priva la falta de fórmulas claras y la ausencia de los controles racionales posibles en la misma ley para asegurar su eficacia y mejor aplicación.

De lo anterior también se sigue que el grado garantista de un país no sólo se define por su modelo constitucional. Sino, además —y de manera primordial— por el funcionamiento efectivo de ese modelo. El nivel garantista de un Estado puede ser alto en su representación constitucional, pero deficiente en su desarrollo secundario o en su observancia práctica. Luigi Ferrajoli observa que: (...) ha de medirse la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismos idóneos de invalidación y de reparación, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente declarados: Una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y por los derechos que sanciona. Y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de "garantías"— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.¹⁰¹ Por su parte, Moisés Moreno piensa que: (...) el Estado de derecho que se concibe de esa manera, debe tener una función que no se puede traducir en otra cosa que no sea la realización de fines consistentes en crear y asegurar las condiciones de existencia que satisfagan las necesidades del grupo de personas que le dieron origen y posibilitar la vida en comunidad.¹⁰² Claro es también que el Estado Mexicano cuenta en su Constitución Política con la Institución del Amparo como mecanismo protector por excelencia de las garantías y, por ende, de los derechos personales. Pero por decir lo menos, es por igual nítido —en mi concepto— que en muchas leyes es deficiente el desarrollo o el entendimiento de los derechos humanos y de las garantías individuales. Al igual que lo es de los mecanismos para la autorregulación del poder y de corrección de los abusos; si no es que aquellas y estos son contrarias a esos derechos y a esas garantías. Simplemente, en el primero de los casos, porque ese desarrollo o ese entendimiento legales con frecuencia carecen de los dispositivos y de los criterios congruentes con la garantía o el derecho personal; o de los que realmente sirvan para que se auto-repare o bien se enmiende con oportunidad su violación. Y en el segundo, por la resistencia interna e inconfesada a un cambio. Pero en especial, a una evolución que implique dejar de ejercer un poder cuyo ejercicio contraría los principios del estado de derecho. Aunque el poder soberano no pertenezca al Estado, sino al pueblo, pero que en esas leyes

¹⁰¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 852.

¹⁰² Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, p. 43.

beneficia la presencia de un estado autoritario que perjudica al pueblo. O aunque a éste aquellas leyes no le sean benéficas. Y en cualesquier evento, por la falta de una política verdadera y constante que en su integridad respete los derechos de las personas y los de la sociedad. ¿O qué acaso se puede afirmar con honestidad que es alto el nivel garantista del Estado Mexicano —con relación al respeto de los derechos y las garantías de las personas— porque en él se cuenta con el amparo como mecanismo reparador por antonomasia de las violaciones a la Constitución? ¿Qué acaso por ese motivo carecería de importancia la deficiencia, la disfuncionalidad, las lagunas o la ineficacia de muchas leyes? ¿O es intrascendente el que en ellas mismas se haga caso omiso de las garantías y los derechos de las personas o de hacerlos realmente efectivos? ¿Y acaso importa poco que la autoridad no se abstenga de incurrir en tales defectos o desvíos? ¿O para que conforme a esas garantías no deba intervenir con otros medios eficaces para corregirlos? ¿Y para que en las mismas leyes no se contemplen los mecanismos posibles de control y de corrección que sean oportunos?

Porque la respuesta a todo ello tiene que ver con la política criminal que el Estado debe adoptar para que estructure un sistema penal que en su integridad sea acorde con un estado de derecho o democrático que se deriva de nuestra misma Constitución. Sistema penal en el que las instituciones penales funcionen realmente con respeto a los derechos fundamentales de las personas y en beneficio de la sociedad.

— II —

Una política criminal garantista en un estado de derecho

El poder punitivo es inherente al poder estatal. Guste o no, el poder punitivo es una forma de control social. Y guste o no, la coerción que se ejerce con la ley penal es una verdad histórica sin que se avizore su cancelación en el corto o mediano plazo. Pretender lo contrario es aspirar a utopías abolicionistas que se desentienden de las realidades sociales y de los modelos de Estado en el pasado, en el presente y en un futuro previsible. Es un hecho, asimismo, que la coercibilidad es la nota distintiva de las normas jurídicas. Al igual que dicha coercibilidad es una forma de violencia, la cual no se puede explicar conceptualmente sin atender a los diversos contextos históricos, políticos, sociales y económicos en los que se manifiesta. Es más, la violencia así entendida ni siquiera es privativa de la norma penal, sino que es un emblema de todas las normas jurídicas creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos, organizados en un sistema social. Pero quizá lo que diferencia a esa violencia y a ese sistema en el ámbito jurídico penal —de las demás instituciones de control social— es su carácter severo y limitado, no solo por cercos formales que la distinguen de otros subsistemas al restarle a aquella el carácter de sorpresa a través de normas previas y claras que se debiesen crear a tal efecto; sino, además, por su naturaleza sustancialmente legítima que se debería desprender de esos límites. Y es que al poder de punir se le limita por la misma C. no solo cuando regula las garantías penales, procesales y ejecutivas en sus artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 101-A, sino que a dicho poder de punir también se le limita por los derechos humanos y las demás garantías reconocidos en la misma C.

Por ello, cuestionarse ¿cuáles han de ser los límites de la potestas puniendi? Es preguntarse antes y en primer lugar, ¿cuál es la política criminal que ha de «limitar y encausar por vías legítimas» el ejercicio de ese poder punitivo?

Las bases de esa política criminal han de hallarse en una carta fundamental de corte democrático. Porque si la Constitución Política de un Estado constituye el principal indicador de la política social que debe existir en ese Estado; el parámetro de validez del «sistema penal»¹⁰³ que aquél implemente a su vez se ha de sustentar en las normas constitucionales que apunten al ideal del Estado de derecho. Desde este punto de vista, al examinar el ius puniendi con relación al estado democrático o de derecho Moisés Moreno apunta: (...) al Derecho Penal se le atribuye una determinada función: La de proteger a los bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos, que sean fundamentales para la vida ordenada en comunidad. Para lo cual cuenta con las sanciones penales como mecanismos de control. El porqué, cómo y cuándo se debe echar mano de estos recursos, depende de la política criminal del Estado.¹⁰⁴ Ahora bien —agrega el distinguido jurista—: (...) Si los criterios generales que informan al modelo del estado democrático o de derecho deben impactar a todo su orden jurídico. Por lo tanto, también deben trascender a su sistema penal. Pues las «medidas de control social de carácter penal» son un sector de todas las medidas estatales que se adoptan para el logro de los objetivos que se encomiendan al Estado. O dicho de otro modo —como Moisés Moreno también lo anota—: (...) la política que el Estado adopta en materia criminal es solo un sector de toda la política social de dicho Estado. Y con la que debe mantener una fuerte unidad. En tal orden de ideas (...) para que la política criminal se enmarque dentro de los principios que se derivan de la propia Constitución, debe reflejar siempre la concepción filosófica y política que inspira a la ley fundamental. La ideología que nutra a la política criminal será la que le dé sentido; como sentido le da a toda decisión política. Y aún cuando no sea fácil determinar la «ideología que sigue o debe seguir un «sistema penal»»; sin duda alguna que ella debe ser acorde con la filosofía fundamental que derive de la Constitución Política y, en su caso, que caracteriza al estado democrático o de derecho.¹⁰⁵

Las razones del Dr. Moisés Moreno son de validez indudable. Porque dado que los textos de nuestra carta fundamental son elocuentes de lo que en ella significa la democracia sustancial como ejercicio del poder: ¿Qué acaso existe alguna razón para que no sea así en todos los ámbitos de la política que ejerza el Estado? Al contrario, hay razones de sobra para que así se conciban las políticas que el Estado debe diseñar para ejercer el poder que el pueblo le confirió. Y en especial, para que forje así su política social. Y la política criminal es uno de los segmentos de esa política social. Una política criminal, por ende, que debe ser integral, constante en el garantismo y eficaz en sus postulados. La cual ante la realidad azarosa, plagada de vicios e inercias grandes, la enfrente con un sistema penal que realmente funcione y en el que su cerco y guía sea el espíritu de la democracia sustancial. Una política que genere un sistema que muestre respeto a los derechos humanos y actúe para el bien común. Nuestra carta fundamental es de corte democrático y por tanto, la política criminal debe ser coherente con ella. Debe de ser un credo por el que se garantice el respeto a los derechos humanos en los diferentes niveles de intervención del Estado frente a las personas. Ya apuntan de por sí hacia esto los

¹⁰³ Sobre los alcances de la expresión "sistema penal", véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del...*, op. cit., pp. 7 a 10.

¹⁰⁴ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, p. 76.

¹⁰⁵ Moisés Moreno Hernández, *idem*, pp. 59 y ss.

principios de "división de poderes" (artículo 49 C.), de "legalidad" (artículos 14 y 16 C.), de "libertad" (artículo 2° C.), de "dignidad humana" (artículos 1° y 2°; apartado C del artículo 3°, párrafo sexto del artículo 4° y párrafo primero del artículo 25 C.), y de "igualdad" (artículos 1°, 2°, 4°, 12 y 13 C.)

Y lo confirman las garantías a los derechos personales —tan las de tipo sustancial como las de carácter instrumental—: De los derechos indígenas. (Artículo 2° y párrafo primero del artículo 4° C.) De igualdad de género y de decisión libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos. (Párrafos segundo y tercero del artículo 4° C.) Del derecho a la protección a la salud personal; y del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar personal. (Artículo 4° C.) Del derecho de la familia a disfrutar de vivienda digna y decorosa. Y de que la ley establezca los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. (Artículo 4°.) Del derecho de los niños y las niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Y a que el Estado provea lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. (Artículo 4° C.) De libertad a cualquier actividad lícita. (Artículo 5 C.) De manifestación libre de las ideas y de libertad para escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia, sin más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública (artículo 7° C.) De libre asociación (artículo 9° C.) De poseer armas en el domicilio para la seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del ejército, armada, fuerza aérea y guardia nacional (artículo 10 C.) De la libertad de traslado (artículo 11 C.) De la inviolabilidad y protección de la correspondencia por estafeta y de la comunicación privada (párrafos décimo, undécimo y trigésimo del artículo 16 C.) De la inviolabilidad general del domicilio (párrafos noveno, duodécimo y decimocuarto del artículo 16 C.) Del acceso a una justicia expedita, pronta, completa e imparcial (artículo 17 C.) De que cada cual profese la creencia religiosa que más le agrade y practique las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley (artículo 24 C.) De la propiedad privada (artículo 27 C.) En virtud de esas concepciones es que se debe limitar el ejercicio del poder punitivo que corresponda a cada uno de los órganos del Estado. Y esa limitación obedece —precisamente— a la observancia de las garantías individuales, al respeto a los derechos humanos, al reconocimiento —expreso o implícito— de los valores constitucionales y al deber de actos de gobierno que en tal contexto procuren el bien común. Porque esto también lo corroboran las garantías a los derechos humanos de carácter social o colectivo de nuestra carta fundamental. Los derechos: A la educación (artículo 3° C.) A la protección de la salud; a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar; a disfrutar de vivienda digna y decorosa; a la satisfacción de las necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para el desarrollo integral de la niñez. (Artículo 4° C.) A que se prohíban los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos (artículo 28 C.) Y a la planeación y desarrollo económicos democráticos, que demande el interés general en el marco de las libertades que otorga la Constitución (artículo 25 C.) Del derecho al trabajo, a la seguridad social y demás prestaciones sociales. (Art. 123 C.)

Por ello, la política criminal del Estado Mexicano debe respetar la concepción del ser humano que tiene la Constitución, en tanto que es de las personas y para las personas —en lo individual y como sociedad— que

deriva la propia existencia y fines del Estado y del Derecho. Los que conciben al individuo como "persona". Como "fin en sí mismo". Como un ser "racional". Respecto de quien —como señala Moisés Moreno— se le habrá de reconocer una serie de características inherentes a su naturaleza humana. Características que —reconocidas en la C—, a su vez, determinarán los contenidos y el sentido de diversas categorías que se manejan en todo el sistema penal. Particularmente en el nivel legislativo y judicial, al igual que en el sustantivo, procesal y ejecutivo. En suma —dice Moisés Moreno—: (...) en un estado de derecho es pues necesario que su política criminal se funde filosóficamente y racionalmente; y, además, en correlación con los principios que manan de aquél. Y en el orden jurídico punitivo esa fundamentación alcanza al menos tres grandes campos: el penal, el procesal penal y el ejecutivo penal.¹⁰⁶ Por ello, es igualmente importante que se analice respecto a cada una de esas áreas, cuáles fueron y cuáles son todavía los «dogmas» en los niveles legislativos y jurisprudenciales frente a los que habrá que sostener una "herejía". Es decir, las normas y los criterios jurídicos que atenten contra las decisiones fundamentales o que incumplan con el espíritu que anima a éstas que es el que se procure un estado de derecho. Todo ello bajo la perspectiva del garantismo penal, que puede operar como método crítico y no solo como modelo ideal de referencia de los bloques de garantías penales y de los derechos de las personas que hay en nuestra Constitución Política. Pues creo que con la denuncia constructiva de los espejismos, de las disfunciones y de las ineficacias que existieron y que aún hay en esos campos y niveles, es posible que se diseñen nuevas o superiores opciones que respondan mejor al reclamo de la sociedad, para que haya un sistema penal que a la par respete los derechos humanos, dé seguridad, sea racionalmente funcional con sus límites y fines y que dentro de esa tesitura se dirija a beneficiar a la sociedad.

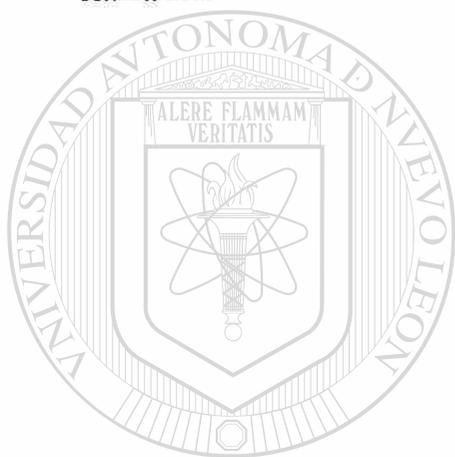
Ya antes señalé la idea de Ferrajoli: En la noción misma del estado de derecho o democrático subyace una latente ilegitimidad jurídica. La que se debe al anhelo de las promesas que se encierran en las normas constitucionales y que no se mantienen en sus normas secundarias, en la interpretación judicial de ellas o en la práctica. Y que —como dice Ferrajoli—: "[q]uizá y sólo en cierta medida, aquella constituya una «aporía insuprimible» en el modelo ideal de un estado de derecho. Pero en verdad, esa ilegitimidad puede alcanzar grados patológicos cuando las normas del sistema superior son del todo inefectivas".¹⁰⁷ Si esto sucede y sucede aún en México respecto a muchas manifestaciones legislativas y judiciales en el sistema penal, es lo que habrá que poner de manifiesto a través del método crítico garantista. Porque creo que el sistema penal mexicano lejos de quedar exento de aquéllas aporías se nutre de ellas en forma constante. Y con los intentos de que se vuelva a fórmulas del pretérito cuya esterilidad ya se demostró. Cuya divisa pareciera ser la de cambiar para que se vuelva a un sistema autoritario o no salir de éste en lo que aún se esté. Todo ello con la bandera de proteger a la sociedad. Pues con el pretexto de la inseguridad pública y el combate a la impunidad, se pugna para que persistan las disfunciones y las distancias con un real estado de derecho e incluso para que se abran nuevos cauces para la intromisión arbitraria del Estado en los derechos de las personas. De aquí que

¹⁰⁶ La necesidad de fundar la pena en cada uno de esos estadios y de que esa fundamentación tenga trascendencia en la concepción dogmática del delito y de la pena fue puesta de manifiesto por Claus Roxin en sus *Problemas Básicos del Derecho Penal*, traducción de Diego Manuel Luzzón Peña, Editorial Reus S. A., Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Madrid, 1976, pp. 3 y ss. De esa postura surgió la teoría funcionalista de la prevención, por la cual se resalta la función que deben tener los fines político-criminales de la pena en el ámbito del Derecho Penal. En México, Gustavo Malo Camacho alude a esos fines —aunque no se compromete expresamente con esa tesis— en su obra póstuma *Derecho Penal Mexicano*, Tercera edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 2000, pp. 71 y 140. Sin embargo, creo que en nuestro país, es Moisés Moreno quien sobresale en poner de relieve la necesidad de compaginar el estado de derecho con la política criminal y la concepción del delito y de la pena, en su obra *Política Criminal y Reforma Penal* ya citada.

¹⁰⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 852.

desde una perspectiva jurídica sea preciso ver cuál ha sido y cuál es la validez efectiva de los bloques de garantías penales en México. En tal sentido, por los límites de este trabajo acusaré sólo algunas de las divergencias —o los peligros de que se produzcan— entre esos bloques de garantías y derechos de las personas y las realidades del sistema penal. Principalmente las que se refieren al ámbito de la ley penal y el delito. Pues creo que con la denuncia de las discrepancias entre el «deber ser» y el «ser que no debe ser» —o del peligro de que así suceda— es que surgen las propuestas para que se reduzca la brecha entre esos extremos. De esa manera, cuando se legitima a un estado de cosas se justifica el que se le mantenga. Mas cuando se le deslegitima, paradójicamente se legitima la necesidad de que él cambie; en especial cuando esa deslegitimación o legitimación se hace a la luz de las pautas constitucionales que se orientan al ideal de un estado de derecho como son las de la C. mexicana.

Los fundamentos político criminales acerca de la ley penal y del delito se deben proyectar entonces críticamente sobre las realidades jurídicas vigentes a la luz de los principios de un estado de derecho y que afloran de nuestra Constitución.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS LÍMITES A LA POTESTAD DE PUNIR

— I —

Los fundamentos que limitan la potestad de punir

¿Cuáles son los límites del poder punitivo del Estado? El contestar que esos límites son las garantías que formalmente se establecen en la Constitución, o que son los que se deducen de ella para sustentar los presupuestos jurídico-formales del hecho punible, sería una buena e importante respuesta, pero incompleta. Pues ante esa contestación, cabe entonces reflexionar acerca de las interrogantes siguientes:

¿Tiene el Estado legitimación —si es que se ajusta a los cauces formales— para sancionar penalmente cualquier manifestación de lo que podría ser conducta? ¿Y acaso la tiene para señalar con pena cualquier ámbito de prohibición y de castigar con la intensidad y de la forma que él desee? ¿Qué, porqué y para qué se debe punir? ¿Y cuáles son los fundamentos de los límites sustanciales a la potestad de punir que se puedan derivar de la C. en el contexto de un estado de derecho?

Siguiendo a Roxin: (...) estas preguntas acerca del sentido de la pena estatal se plantean en todas las épocas.¹⁰⁸ Y el tema se vuelve de acuciante actualidad cuando se trata de fundar un nuevo código penal. —Y agrego por mi parte— al igual que cuando se intenta una reforma legislativa en ese ámbito o se analiza a uno u otra. Roxin agrega: (...) ¿Cómo y bajo qué presupuestos se puede justificar que el grupo de hombres que se asocia en el Estado prive de su libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, su existencia social?¹⁰⁹ Esa es una pregunta acerca de la legitimación del Derecho Penal y los límites de la fuerza estatal. De ahí que —afirma Roxin—: (...) sea difícil contentarse con las respuestas del pasado. Pues la situación histórica, constitucional y social del presente, exige que se penetre intelectualmente en situaciones complejas. Para encontrar respuestas que den sentido y fin a la legislación penal.¹¹⁰ Las que a la vez que justifiquen los límites al poder punitivo, le den a aquélla contenido programático coherente con la C. Y —de nueva cuenta— la respuesta correcta dependerá de los fundamentos de la política criminal que se adopte por el Estado. O mejor dicho, de la que se deba acoger por un Estado que aspire a los ideales de un estado de derecho. Misma que es, precisamente, la que le corresponde favorecer al Estado Mexicano. Y ello es así por virtud de la propia carta fundamental del país, la cual atiende a aquél anhelo en sus artículos 1° a 29 y en especial los artículos 3°, 25, 39 y 40 como normas de primer nivel según ya se vio. Por lo tanto, se requiere de una política criminal que con base en las aspiraciones de un estado de derecho trace los fundamentos y límites formales y sustanciales al poder punitivo estatal. De fundamentos y límites que concuerden con el espíritu «democrático» del estado de derecho: en los que se respete la esencia del ser humano y a la vez se cumplan las aspiraciones de justicia, beneficio y paz social. Por ser personas a las que se dirige directamente la pena. Al menos las penas que afectan a las personas de la manera más drástica, cuales son las de la privación o la limitación severa de la libertad personal. Y por ser la sociedad la que se afecta con el delito y la que se debe

¹⁰⁸ Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, S. A., Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Madrid, 1976, p. 11.

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ *Ibid.* p. 12.

beneficiar con esas medidas de control, respecto de las cuales —personas y sociedad— la pena debe tener un fin dentro de ciertos cotos que limiten los excesos más irracionales del poder punitivo.

Y ese fin y dichos cotos se proyectan —o se debieran proyectar— en cuatro esferas. **La primera:** es en la de las conminaciones penales. Es decir, en la razón y límites para la creación legal de los delitos y de sus penas. **La segunda:** es en los fundamentos y los límites a la concepción jurídica del delito. **La tercera:** es en los fundamentos y los límites de la imposición y medición judicial de la pena que se deba aplicar. Es decir, la que en la práctica judicial se conoce como declaración de responsabilidad penal e individualización de las penas. **Y la cuarta,** de ejecución penal: que es la fase de cumplimiento de esas penas, la que también ha de atender al fin y los límites de punir.¹¹¹

De aquí entonces que, de entrada, se deba insistir que si bien el poder punitivo del Estado está implícito en la C., a la vez aquél también se cife por las garantías individuales y el espíritu de los artículos 3°, 25, 39 y 40 de la carta fundamental y por todos aquellos otros preceptos de las carta fundamental de los que se deriva el reconocimiento de los derechos humanos y de la necesidad —dentro de esa tendencia— de que el Estado proteja las condiciones esenciales para su disfrute y, por ende, de que en ese ámbito realice actos benéficos para la gente. De lo que se sigue que si se aspira a un estado de derecho —hacia el cual se orienta nuestra Constitución política en sus artículos 3°, 25, 39 y 40—, el poder de punir que el pueblo concede al Estado debe ser un poder que se limite por el respeto a los derechos de las personas y en beneficio de la sociedad. Y de ningún modo que se ejerza en detrimento de ellas. En tal contexto hay que enfocar entonces el carácter antropocéntrico que debe regir la valoración del sistema penal y que se apoya en la misma protección constitucional de los derechos individuales y colectivos del ser humano a los que se sujeta al poder punitivo. Porque por un lado, de allí debe sostenerse la idea de fundamentar en la misma C. la existencia de los bienes jurídicos que haya que proteger. Pues aun cuando los bienes jurídicos en sí mismos no son los valores y los derechos personales y sociales que garantiza la C., sí son las situaciones y condiciones mediante las cuales se hace posible el ejercicio o la disposición de aquellos para el pleno desarrollo personal en el ámbito social. Y porque, por el otro —y por más que el poder penal tienda a proteger bienes jurídicos para la convivencia pacífica en la comunidad— esa función sólo podrá aceptarse en la medida en que se dé la grave lesión de esos bienes jurídicos a través de la concreción del tipo penal y aquella medida respete la dignidad del ser humano y a la vez favorezca una convivencia en la que cualquier persona —y, por tanto, todas las personas— puedan auto realizarse y desarrollarse. Dicen Muñoz Conde y García Arán: (...) La autorealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan «bienes» y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el Derecho, «bienes jurídicos».¹¹² Y agregan: (...) Así pues, "bienes jurídicos" son aquellos presupuestos que las personas necesitan para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.¹¹³ Y más aún, porque lo que realmente importa como primer criterio limitador del poder punitivo es la «lesión grave» al bien jurídico; la cual sucede —en sentido amplio y siguiendo la idea de Zaffaroni—: (...) cuando se afecta la relación de disponibilidad de una persona con un objeto¹¹⁴ (vida, salud, libertad, dignidad, patrimonio etc.). Y en tal contexto se conciba un Derecho Penal

¹¹¹ Esta diferenciación fue hecha por Claus Roxin, en *Problemas Básicos de Derecho Penal*, op. cit., p. 20. Sin embargo, Roxin la reduce a tres ámbitos: el del derecho de punir, el de aplicación de la pena y el ejecutivo penal. Ver, además, los números III y IV de este Capítulo y el número I del Capítulo Tercero.

¹¹² Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, 4ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 85.

¹¹³ Idem, op. cit. Las "negritas" son mías.

¹¹⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 446 y ss.

limitador. Un Derecho Penal que con base en la realidad jurídica y dentro de ella conforme a los valores y derechos que la C. reconoce al ser humano, de convivencia libre y responsable en la sociedad, cerque racionalmente los afanes punitivos estatales a límites tolerables en su irracionalidad.

Es entonces insoportable un Derecho Penal que en el entendimiento de sus normas desconozca la indispensable lesión seria a los bienes jurídicos como condición esencial para admitir la posibilidad de que actúe el poder punitivo. O que entienda a aquellos bienes más como mero fruto de los intereses de la sociedad o del Estado y no de las condiciones que requiere toda persona para su autorrealización y desarrollo en la vida social. Las que se deben concebir en el marco de las garantías individuales y los derechos humanos consagrados en la C. O igual todavía serán inaceptables aquellas ideas que supriman o sustituyan el ataque grave a los bienes jurídicos que se derivan de esas garantías y derechos, en aras de la mera «funcionalidad» del sistema social» o para el «restablecimiento de la vigencia de la norma». Porque con ello el Derecho Penal no solo se desentiende de los límites del estado de derecho en los que se enmarca la Constitución —como son los derechos humanos y las condiciones que hacen posible su realización—, sino que, además, los expone a que se les cancele por concepciones autoritarias.

Por el contrario, el ejercicio del poder punitivo debe suponer la grave lesividad a los bienes jurídicos de las personas y de la gente y por igual respetar a los derechos humanos. Un poder en el que sus límites sean la esencia misma del ser humano como «sujeto» y no como «objeto» del Derecho Penal. Y en el cual no sólo la conducta en el tipo penal y la antijuridicidad sino la culpabilidad y la responsabilidad individuales sean lindes a la potestad de punir y no sólo los detonantes para aplicar la pena en cualquier caso y en cualquier intensidad. Un poder penal que se aplique con criterios garantistas. Y en esos marcos se busque su eficacia. Un poder penal del que su ejecución se corresponda con esas bases y con los fines de la readaptación social del sentenciado. La que sea digna y en la medida de lo posible benéfica para la sociedad. Y todo ello es así porque si el mismo poder punitivo del Estado se prevé en el marco de las garantías individuales, por lo tanto, ante él debe concebirse un Derecho Penal de protección de las personas frente a los excesos del poder punitivo del Estado. Sin que se le pueda trastocar en una omnimoda facultad de injerencia estatal contra las personas. Mas de aquí se sigue igualmente que la función protectora, preventiva y retributiva de la pena que surgió en parte del Estado liberal —por la cual es importante buscar su eficacia y de éste modo cumplir aquellos fines— se debe atemperar con ciertos límites que eviten a un Estado más preocupado por la capacidad de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos por igual. Porque de no ser así, se corre el peligro de que la búsqueda de la eficacia de la pena se trueque en terror punitivo estatal. (...) Como toda arma peligrosa —comenta Mir Puig— la pena preventiva ha de someterse a un control riguroso.¹¹⁶

De aquí pues que sea preciso examinar con esa luz las ideas tradicionales que pretenden fundar el poder punitivo estatal.

— II —

Los fundamentos tradicionales de la potestad de punir

Cuando oímos de un delito que afecta nuestros sentimientos de piedad y de justicia es natural que reaccionemos con indignación. Y es normal que pensemos que se deba castigar al culpable. A veces, el hecho simplemente conmueve nuestros sentimientos de justicia muy personales. En otras, el delito es de por sí atroz.

¹¹⁶ Santiago Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 36.

O en los medios de información al público se maneja el caso de manera sensacionalista. Ante ello surgen las voces que claman penas más severas en la ley y para el culpable. Para que éste escarmiente. Y para que las penas duras sirvan de ejemplo a otros. Así se amedrentará a los futuros delincuentes. A tal grado que la salida fácil u obvia para muchos políticos, empresarios y líderes sociales en general, es la de pedir esos castigos dechados. E incluso la de decir que se estudien las reformas legales para ello. No falta tampoco que se sugieran hasta plebiscitos o consultas populares; o al menos el que se deba acudir a encuestas que revelen la opinión pública sobre la necesidad de sanciones más severas o de que las existentes se materialicen con prisión preventiva antes de la sentencia de condena. En ocasiones —las menos— el hecho no es siquiera un delito pero conmueve los sentimientos morales o religiosos de algunos o de muchos. Pero brota la barahúnda que pide pena por la inmoralidad del acto o lo indeseable de la conducta y que la cárcel sirva para se castigue o se corrija al sujeto indecente o al indeseable. Muchas de esas reacciones son genuinas y válidas en gran parte, pues no podemos desconocer que dentro de la naturaleza humana late siempre el sentido de justicia; que se deriva quizá en algo del instinto de conservación de nuestra especie. Y, además, como un valor que surge de una aspiración natural del ser humano.

¿Pero será ello bastante para legitimar el poder de punir?

¿Será ello suficiente para que se sancione penalmente cualquier conducta o para que se agraven y se impongan las penas en cualquier medida?

O ¿será la pena la medida necesaria para corregir a los que se aparten de lo indeseable o inmoral? O simplemente, ¿será sólo ella el medio para promover la fidelidad al Derecho y la vigencia de la ley?

En realidad esas posturas no son ajenas a las principales tesis que han gobernado durante siglos al pensamiento juspenalista para fundar la pena. Y las cuales todavía prevalecen. Y las que casi siempre tienden a descollar. Pues tradicionalmente a aquella pregunta inicial de ¿cuál debe ser el fundamento de la pena?, se le proponen cuatro respuestas alternas: La de la justa retribución. La de la prevención general. La de la prevención especial. Y la de la adición compensadora. A las cuales se les suman ahora las de la prevención social positiva y la de la compensación dialéctica. Y frente a las cuales se alzan la garantista del utilitarismo reformado y la de un Derecho Penal reductor.

A. La tesis de la retribución. La tesis de la retribución en realidad se manifiesta en la historia, la filosofía y la cultura a través de un elemento común en sus posiciones con relación a la facultad de punir. Las tesis retributivas conciben a la pena como fin en sí mismo; esto es, como castigo, compensación o reparación por el delito. Las tesis retributivas asumen así una postura absolutista acerca de la pena. Ellas justifican el erigir las penas e imponerías como un deber meta jurídico. El cumplimiento de ese deber mira al pasado, al delito cometido. Y funda las conminaciones penales en la culpabilidad de su autor, el que —en correspondencia— deba sufrir la pena. Para la llamada tesis de la retribución el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor se compensa con imponerle un mal penal. Éste mal cumple en sí la función del sistema penal. (...) La justificación de tal procedimiento —nos dice Roxin—, descansa en la realización de una idea: la justicia.¹¹⁶ La pena, pues, lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia. Kant lo formuló de un modo más expresivo: (...) incluso aunque la sociedad civil con todos sus miembros acordara disolverse; por

¹¹⁶ Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, p. 11

ejemplo, el pueblo que vive en una isla decidiera separarse y dispersarse por todo el mundo. Se tendría que ejecutar antes al último asesino que se hallara en la cárcel. Para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen. Y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no insistió en su castigo.¹¹⁷ La conocida fórmula dialéctica de Hegel sobre la esencia de la pena, como “[u]na negación a la negación del Derecho”,¹¹⁸ significa exactamente lo mismo: El delito se aniquila, se niega y se explica por el sufrimiento de la pena. La que de ese modo restablece al Derecho que se le lesionó. Empero, antes y después de estos ilustres pensadores, muchos otros destacados filósofos y juristas en el orden penal sostuvieron la idea de que infligir penas tiene un valor intrínseco y de que no persigue otro fin que la justa retribución de los delitos. Ferrajoli señala entre los más conocidos a Rossi, Pessina, Maggiore, Bettiol y Binding.¹¹⁹

Asimismo, Roxin destaca que (...) la teología cristiana sustenta de manera predominante, hoy como ayer, ese punto de vista, al considerar a la realización de la justicia como mandato de Dios y a la pena como ejecución de la función judicial divina.¹²⁰ En su turno Ferrajoli explica que —en el fondo e históricamente—: (...) las doctrinas retribucionistas se fundamentan todas en la máxima de que es justo devolver mal por mal. Y el maestro italiano añade: (...) Se trata de un principio que tiene vetustos orígenes y que está en la base de esa institución arcaica, común a todos los ordenamientos primitivos, que es la «venganza de la sangre». Presente ya en la tradición hebraica, transmitida a pesar del precepto evangélico del perdón, a la tradición cristiana y católica desde san Pablo, san Agustín, y santo Tomás hasta Pío XII. Esta concepción gira en torno a tres ideas elementales de corte religioso: La de la «venganza» (ex parte argentias); la de la «expiación» (ex parte patientis); y la del «reequilibrio» entre pena y delito.¹²¹ La circunstancia de que concurra en una poderosa corriente la tradición filosófica del idealismo y la cristiana —que en el siglo XIX penetraron la cultura de múltiples maneras— es en definitiva, en concepto de Roxin, (...) la causa de que la teoría de la retribución haya sido reinante y, todavía hoy, cuente con el mayor número de adeptos. Y es igualmente incuestionable que la idea de la compensación retributiva —al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrena— tiene una fuerza triunfalmente sublime. A la cual es muy difícil sustraerse.¹²²

B. La tesis de la prevención general. La segunda de las respuestas tradicionales al sentido y fin de la pena la encontramos no en la influencia —sea retributiva, sea correctiva o asegurativa— sobre el autor mismo, sino en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad. Es decir, en la llamada prevención general. La tesis utilitarista de la prevención general rechaza el retribucionismo. La pena, dice Grocio, (...) debe perseguir utilidades futuras, entre ellas —señala—: la prevención de los delitos mediante el ejemplo.¹²³ Esta tesis tuvo en Anselmo Von Feuerbach —fundador de la moderna ciencia alemana del Derecho Penal— a su más famoso representante. A principios del siglo XIX Feuerbach basó su influyente sistema en el pensamiento de la intimidación general. Con arreglo a esa idea, Feuerbach sostuvo que: (...) el fin de la imposición de la misma es fundamentar la efectividad de la amenaza legal, en cuanto que sin ella esa amenaza sería vana e ineficaz.

¹¹⁷ Emmanuel Kant, cit. por Roxin en *Problemas Básicos del...*, p. 12

¹¹⁸ Hegel, cit. por Roxin, ídem.

¹¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 255.

¹²⁰ Claus Roxin, op. cit., p. 13.

¹²¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 254.

¹²² Claus Roxin, op. cit., p. 14.

¹²³ Hugo Grocio, *De Jure Belli et Pacis*, citado por Luigi Ferrajoli, op. cit., pp. 259 y 297.

Consecuentemente, el fin último de la imposición de una pena es, en su opinión, (...) asimismo mera intimidación de los ciudadanos por medio de la ley.¹²⁴

Pero hoy en día la concepción de la prevención general mantiene su importancia. En el Estado de Coahuila — como en muchos otros estados y en la misma federación— fuimos testigos de que en 1994 el legislador aumentó de modo radical las penas para prácticamente cualquier clase de robos. Todo ello bajo la idea de que con la ayuda del código penal se puede motivar a la generalidad a comportarse con arreglo al orden y así se disminuya el número de delitos. Ellas fueron y son obvias consideraciones de carácter preventivo-general. En suma, (...) la tesis utilitarista de la prevención general —como dice Ferrajoli—: ajusta el fin de la pena a la máxima utilidad posible que quepa asegurar a la mayoría, formada por los no desviados.¹²⁵

C. La tesis de la prevención especial. La tercera solución que pretende fundar la pena estatal la brinda la tesis de la prevención especial. Ésta no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que ella debe “prevenir nuevos delitos del autor”. En tal sentido se le califica —igual que a la tesis de la «prevención general»— como una tesis utilitaria. Ya Tomás Moro aludía en su *Utopía* a la idea de un carácter terapéutico para la pena de prisión, según la cual (...) los hombres que delinquen pueden ser no sólo castigados sino también constreñidos por el estado a hacerse buenos.¹²⁶ En tal virtud, Moro llegó a postular en su *Utopía* la indeterminación de las penas y la sustitución de la de prisión por la de muerte para el reo que se revelara irrecuperable.

Mas esta tesis, en su forma moderna, procede de la época de la ilustración. En el siglo XIX retrocedió ante la tesis de la retribución. Pero a finales de ese siglo resurgió con fuerza gracias al penalista Franz Von Liszt y a su escuela, (...) con su Programa de Marburgo de 1892 que elaboró un modelo de Derecho Penal como instrumento flexible y multifuncional de resocialización, neutralización e intimidación.¹²⁷ En las dos primeras vertientes funcionales se apuntan la enmienda terapéutica o correccionalista para los socializables y la segregación para los irrecuperables; todo ello, lógica y necesariamente, a través de medidas indeterminadas en su duración e intercambiables en su naturaleza específica de tratamiento, a efecto de lograr la defensa social. En ruta análoga —en cuanto a los fines preventivos especiales de la punición, pero con motivación distinta e incluso opuesta en cuanto a la fundamentación— se inscribió también el positivismo italiano que nació con Lombroso, Ferri y Garofalo.¹²⁸ Aunque en ese sendero también se pueden anotar en cierta medida a Florián y Grispigni.¹²⁹ El positivismo basó su tesis en la «peligrosidad social» del autor, que tanta influencia tuvo en el Derecho Penal Mexicano durante más de seis décadas del siglo XX —y de la cual todavía existen signos

¹²⁴ Cit. por Roxín, *Problemas Básicos...*, p. 15

¹²⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 261.

¹²⁶ Tomás Moro, *Utopía*, trad. P. Rodríguez Santidrián, Libro I, Editorial Alianza, Madrid, España, 1984, p. 88.

¹²⁷ Cit por Gustavo Malo Camacho en *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 2000, pp. 65 y 66.

¹²⁸ Cit por Ignacio Villalobos en *Derecho Penal Mexicano*, cuarta edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, pp. 38 a 40.

¹²⁹ Rafael Lombroso, *La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión* (trad. Pedro Dorado Montero), Editorial La España Moderna, Madrid, 1890, pp. 23 y ss. Enrico Ferri, *Sociología Criminal*, cit. por Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa S. A., México, 2000, p. 64; Eugenio Florián, *Del delito y de las penas en general*, y Filippo Grispigni, *Derecho Penal Italiano*, citados por Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 266.

trascendentes—. ¹³⁰ La prevención especial tuvo un gran ascendiente en gran parte del mundo occidental del siglo XX. Ese influjo fue a veces dominante durante las dos primeras décadas de la segunda mitad del siglo pasado gracias al movimiento internacional de la defensa social y tuvo su reflejo en México en muchas leyes de ejecución penal. Pero antes de él, el positivismo italiano se extendió en México con eficacia y mucho más prontitud desde el segundo cuarto de esa centuria en la legislación penal federal de 1931 y en las legislaciones estatales que le siguieron. Esos códigos fundaron la pena en la peligrosidad o la temibilidad social del delincuente. En vía paralela —aunque con razonamientos diversos y a partir de cierto punto más temerarios— podemos anotar al Derecho Penal de Autor. ¹³¹ Él se basa en la caracterología del delincuente o antisocial y ve en los tipos penales a los medios en los que se describen los síntomas de la personalidad delincuencia o la de aquella que es opuesta a la sociedad. La idea de la pena, pues, es la de incidir en la personalidad delincencial o insociable.

De lo expuesto se puede concluir que las tesis de la prevención especial no quieren retribuir el hecho pasado; ni que se amedrente con penas ejemplares. Sino que ven la justificación de la pena en que ésta debe “prevenir nuevos delitos del individuo”. Ello puede ocurrir de tres maneras: 1. Corrigiendo al corregible. Esto es lo que muchos llaman erróneamente “readaptación”. 2. Intimidando al que por lo menos todavía es intimidable. Y, 3. Haciendo inofensivo, mediante la pena de privación de libertad, a quien ni es corregible ni es intimidable.

D. La tesis de la adición compensadora. Esta tesis pretende fundar la pena a través de superponer las tesis tradicionales. Así, podría formularse de la manera siguiente: La pena no sólo debe compensar la culpabilidad del delincuente; sino que junto con ello tiene también el sentido general de hacer prevalecer al orden jurídico. Además, sirve a determinados fines de política criminal. En primer término, a fin de prevenir futuros delitos. Esto puede ocurrir intimidando al delincuente y a los demás para que no cometan tales hechos. Y ello se puede lograr de modo más duradero, al actuar sobre el delincuente para volverle a ganar para la comunidad. Todos estos fines se consiguen en parte por sí mismos mediante la pena. Pero en el caso concreto se puede también procurar conseguirlos de modo especial con la clase y medida de la pena. ¹³²

III DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS Los fundamentos modernos del Derecho Penal

Por su parte, a partir de Roxin hasta Jakobs, en el último cuarto del siglo XX se elaboraron tesis nuevas que intentan fundamentar con un enfoque diferente la potestad punitiva del Estado. Ellas partieron de la crítica a la

¹³⁰ Piénsese en la fracción I del artículo 20 C., que concede la facultad al juez de negar la libertad caucional con base en que la libertad del inculpaado represente un «riesgo» para la sociedad. Al igual que en el artículo 52 del CPF que aludía a la “peligrosidad” del sujeto como base para individualizar la pena de prisión; artículo que no se reformó sino hasta el 10 de enero de 1994, de acuerdo con el Diario Oficial de la Federación.

¹³¹ Roxin considera a Liszt como aliado en parte de un Derecho Penal de Autor, en cuanto propugnaba la introducción de «sentencias penales indeterminadas», en las que la duración de su cumplimiento dependería de que se alcanzara el fin de la pena, según la personalidad del autor. Pero Roxin se cuida de precisar que fue en los años treinta cuando se dio realmente un retroceso en los esfuerzos por desarrollar un Derecho Penal de Autor Preventivo siguiendo la orientación de Liszt, surgiendo otros enfoques, como los de Erik Wolf en la doctrina que llama al autor como miembro personal de la comunidad jurídica con una actitud interna corrompida y describe esa depravación de la actitud interna como «tipo de autoría», asimismo, a la Ley de delincuentes habituales de 1933. Roxin apunta, además, que la explicación más influyente, con su teoría de la “culpabilidad por la conducción de la vida”, que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto. Igualmente, Roxin destaca que una transformación de carácter totalmente distinto del Derecho Penal de Autor se dio con las regulaciones del Derecho Penal de Guerra del régimen nazi, que introdujo las expresiones de sujeto nocivo para el pueblo para imponer penas draconianas a tipos de personalidad que encuadraran en la susodicha expresión. (Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*; traducción por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicents Remesal, reimpresión, Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 1999, pp. 178 a 182.)

¹³² Citada por Claus Roxin, en *Problemas Básicos...*, p. 27.

tradicional función represiva o preventiva del Derecho Penal, la que tiene sólo el carácter negativo de negar la negación al Derecho o de concretarse a la prevención de los delitos mediante la amenaza de la pena o a su función preventiva especial.

A. La tesis preventiva del fin de la vigencia de la norma: —en función del sistema social de convivencia—. En vez de aquellas funciones de represión o de prevención negativa, Jakobs apunta que [El Derecho Penal y dentro de él el poder punitivo] (...) debe tener una función de prevención positiva de reestablecer la vigencia de la norma y de internalización al responsable en la conciencia de la comunidad jurídica. El Dr. Jorge Robledo Ramírez cita también como exponentes de esa tesis desde a Hassemmer, Armin Kaufmann y Luzón, hasta los que él llama: (...) los representantes de la sociología jurídica alemana: desde el mismo Jakobs, hasta Otto, Amelung y Luhmann, que defienden que el lugar de la resocialización debe ser ocupado por la prevención general positiva y cuyo origen se remonta a fines del siglo XIX gracias a la teoría funcionalista de Durkheim.¹³³ Aunque las concepciones sobre esa clase de prevención general "positiva" difieren entre sus adalides, para un sector relevante se podrían sintetizar en la idea de sustituir las tradicionales tesis sobre la prevención por las funciones de restablecer la vigencia de la norma jurídica, en tanto que el Derecho Penal promueve por un lado la estabilidad social y la confianza en el Derecho, y por el otro, la fidelidad al mismo.

De los principales expositores de esa teoría, Günter Jakobs y Köler son dos de sus ponentes más destacados. En esencia, Jakobs sostiene que las distintas categorías del delito se deben enfocar de acuerdo con su funcionalidad para el sistema social de convivencia. En su Derecho Penal¹³⁴ Jakobs define al delito como la frustración de las expectativas sociales normativas y a la pena como la afirmación de la vigencia de esas normas —en las que se consagran las expectativas sociales—. Como las normas penales expresan aquellas expectativas, nada parece más adecuado que organizar la fundamentación del Derecho Penal y el sentido de la pena en un contexto esencialmente socio-normativo. Para ello, Jakobs acude —al igual que Köler— a la filosofía jurídica y a las teorías de la normatividad formal de Kant y de Hegel. En tal sentido la tesis preventiva funcionalista se adscribe a la corriente neokantiana. Así, Jakobs entiende que no se puede conceptualizar al delito y a la pena sino en función de la reafirmación (comunicativa) de la norma.¹³⁵ Y —según lo cita Bernd Shünemann— Köler sostiene —con relación a la magnitud de la pena— que: (...) su base necesaria se constituye por el efectivo restablecimiento de la misma relación jurídica, incluso en las penas más leves.¹³⁶ Todo ello en función del sistema social de convivencia que exista en cada país. De aquí que Jakobs y los demás funcionalistas del mismo corte no sometan a valoración crítica al sistema de expectativas sociales que se refleja en el ámbito de la normatividad jurídico-penal. Sino que elaboran las categorías o elementos del delito desde el punto de vista de su funcionalidad social intrasistemática. Es decir, de su funcionalidad dentro del sistema normativo que se conciba como reflejo de las expectativas de una sociedad. Ello es válido

¹³³ Jorge Robledo Ramírez, "La prevención general positiva", *Criminalia*, año LXI, N° 3, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Pomú S. A., México, D. F., septiembre-diciembre 1995, pp. 3 y ss.

¹³⁴ Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Muñilo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997, pp. 13 y ss.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Michael Köler, citado por Bernd Shünemann, en Claus Roxin, Günter Jakobs, Bernd Shünemann, Wolfgang Frisch y Michael Köler, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, España, año de 2000, pp. 117 y 118.

cualesquiera que sean los sistemas en los que se apliquen aquellas concepciones. En tanto que los criterios ordenadores se dan por el mismo sistema de que se trate según las diversas sociedades. La concepción preventiva del Derecho Penal es así neutra —aunque con un marcado acento normativo— y de base sociológica en la tesis de Jakobs. Y, en general, se adopta similar sentido en las tesis funcionalistas que le siguen. En suma, la función del Derecho Penal sería la de promover en la sociedad la vigencia de la norma penal a través de la pena.

B. La tesis de la función preventiva dialéctica. Mas para otra parcela importante de esa doctrina, el Derecho Penal es en sí el conjunto de principios jurídicos que se introyectan en el poder punitivo del Estado y lo limitan. Así, primero sobrevino la tesis de que la prevención positiva estaría limitada por los principios de un estado de derecho. De tal suerte que a la función de prevención positiva se le añade por otros estudiosos las restricciones que provengan de un estado de derecho y democrático. El Dr. Jorge Robledo Ramírez —en un breve análisis crítico que hace de la postura inicial de la prevención positiva— señala que: (...) todo tipo de prevención positiva ha de ajustarse a los límites del estado de derecho, de tal suerte que se presente como superadora de las denominadas «antinomias de los fines de la pena» en los diferentes momentos de su concreción.¹³⁷ Robledo Ramírez cita a Mir Puig: (...) lo que puede resultar aconsejable para la prevención general puede oponerse a lo exigible por el principio de culpabilidad o por el de proporcionalidad, o ambas cosas, a su vez, pueden entrar en colisión con las necesidades de prevención especial. Con ese enfoque, Robledo Ramírez cita de nuevo a Mir, quién afirma que se busca: (...) exigir que la pena, además de necesaria para la prevención de delitos, respete aquellos límites fuera de los cuales no supone ya la afirmación de un derecho social y democrático, sino precisamente su negación.¹³⁸

Podemos colocar sin duda a Roxin como precursor de esta corriente. Él la llama teoría unificadora preventiva o mixta¹³⁹, en la cual las tensiones que se dan entre los distintos fines que se derivan de las tesis tradicionales del poder punitivo se deben resolver dialécticamente siempre y de tal modo que tiendan a limitar a aquél a través de los principios de un estado de derecho. Así, sostiene que: (...) el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio, también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito. De ello resulta, además, que la prevención general y la especial deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.¹⁴⁰ En tal virtud, el pensador alemán explica que la prevención general y la especial, sujetas a los límites del estado de derecho, operan a su vez como cercos al poder punitivo. Pues

¹³⁷ Jorge Robledo Ramírez, "La prevención general positiva", pp. 5 y ss.

¹³⁸ S. Mir Puig, "Función fundamentadora y limitadora de la prevención general positiva", en *Poder y Control, Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, N° 0. También *Prevención y Teoría de la pena: presente y alternativas*. Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, ambas op. cit. por Jorge Robledo Ramírez, en: "La prevención general...", p. 6.

¹³⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesa; reimpresión, Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 1999, p. 95.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 95.

siempre que sea superfluo imponer una pena o cierta clase de pena a efectos de prevención general o especial, a la sanción misma le faltará la legitimación de su necesidad social. Esto se debe manifestar, en primer lugar, en cuanto al proceso de selección legal de las conductas punibles a través del principio de intervención mínima como se verá el apartado siguiente.

Mas Roxin rechaza a la retribución como un fin plausible del Derecho Penal. Contra ella aduce, (...) es cierto que en el castigo reside un reproche 'ético-social', como hoy es admitido generalmente. Pero sea como fuere, del hecho de que en el castigo radica un "reproche social" no se deduce que la pena sea esencialmente retribución ni tampoco únicamente causación de un mal. Pues de la desaprobación de una conducta se puede derivar igualmente la consecuencia de que tiende a su futura evitación en el sentido de influencia motivadora.¹⁴¹ Por lo demás, en concepto de Roxin, la razón de crear las conminaciones penales no estriba en la retribución que se deriva de la culpabilidad, sino que las conminaciones penales tienen una función preventiva general y especial a las cuales se les limita, precisamente, por una noción de culpabilidad ajustada a los lindes de un estado de derecho. Según esto, sólo podría haber pena si a la postre hubo culpabilidad y sólo hasta la medida de gravedad de esa culpabilidad. Y aún así, cuando las circunstancias del caso concreto evidencien la irracionalidad de la pena a efectos de prevención se debe entonces prescindir de aquella por falta de responsabilidad a la que el jurista alemán considera como categoría inmersa en la propia culpabilidad o complementaria a ella. Y de existir un remanente escaso de ésta, al menos se debe atender a la entidad o incluso a la clase de la misma pena para disminuirla o sustituirla por una menos severa. En lo cual también entra en juego la preponderancia de la resocialización en el marco de un estado de derecho y cuya misión de prevención especial se reconoce constitucionalmente.

C. Las tesis garantista y reductora del poder punitivo. Luigi Ferrajoli es el preclaro precursor de esta corriente. Ferrajoli asigna tres acepciones a la expresión "garantismo". (...) La primera —dice Ferrajoli—, designa un *modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de «estricta legalidad» propio del *estado de derecho*, que en el plano epistemológico [como explicativo de los fundamentos y métodos del conocimiento científico] se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es «garantista» todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y tiende a satisfacerlo de manera efectiva.¹⁴² En una segunda acepción, —según Ferrajoli— (...) garantismo designa una *teoría jurídica* de la «validez» y de la «efectividad» como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas.¹⁴³ El contraste entre estos dos extremos permite denunciar normas vigentes, pero ineficaces o inconsecuentes con un estado de derecho. En una tercera acepción, (...) garantismo designa una *filosofía política* que impone al derecho y al

¹⁴¹ Idem, p. 99.

¹⁴² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, pp. 851 y 852.

¹⁴³ Idem, p. 853.

estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos.¹⁴⁴

La idea central que se mece en esas tres acepciones es siempre buscar —o propugnar— para que las normas converjan con los postulados constitucionales de un estado de derecho y estos operen a manera de instrumentos reductores de la violencia en contra de los desviados y de los no desviados. Esto es, con los principios y fundamentos políticos y filosóficos que sustentan a aquél, buscando la aproximación de la ley y la práctica a esos postulados, minimizando la violencia y maximizando la libertad —en la medida de lo plausible y racionalmente posible—. Mary Beloff, parafraseando a Ferrajoli, al referirse a la postura de éste apunta que, (...) la tesis presentada depende de que sea aceptado como fin del derecho penal no sólo la máxima ventaja de los no desviados a través de su defensa contra los delitos, sino también del mínimo daño a los desviados por medio de su defensa frente a daños más graves.¹⁴⁵ Este modelo —dice Beloff— (...) se diferencia de los anteriores en que no suministra una justificación en abstracto del derecho penal, sino que únicamente consiente justificaciones de los sistemas penales concretos. Además, este tipo de justificación es histórico y, por lo tanto, relativo.¹⁴⁶ Esto es, el sistema penal carecería de justificación en sí mismo. A él sólo se le puede admitir en cuanto se conciba un Derecho Penal que exprese o tienda a una minimización racional de la violencia y a un mayor grado de eficiencia en la tutela de los derechos humanos; tanto en la protección de los no desviados como en la de los desviados.

Zaffaroni se inscribe en senda similar, con la diferencia primordial que él distingue con claridad entre el poder punitivo del estado —que se expresa en el sistema penal a través de leyes, la aplicación de estas y la ejecución de sus consecuencias— y el Derecho Penal mismo, al cual concibe como un sistema ordenado de principios y derechos sustentados en una C. que se oriente al ideal del estado de derecho, capaz de reducir racionalmente las manifestaciones irracionales del poder punitivo. La fuente del Derecho Penal —a diferencia de las normas penales formales— no es así nada más la ley —la cual posibilita el poder punitivo—, sino, además y sobretodo, el conjunto de derechos, garantías y principios jurídicos que manan de las constituciones que aspiran a un estado de derecho y por medio de los cuales se construye un Derecho Penal que reduce y contiene al mismo poder punitivo.¹⁴⁷

— IV —

La crítica a las tesis tradicionales y modernas de la potestad de punir

Ahora bien, cabe preguntar: ¿Son adecuadas a un estado de derecho las concepciones tradicionales y modernas del Derecho Penal? Porque sólo la respuesta a esa pregunta nos puede ofrecer una medida razonable, funcional y respetuosa del sentido del ius puniendi con espíritu democrático. Por ello, cabe ya sostener que no serán válidas las tesis que representen respuestas lógicas en apariencia para los numerosos planteamientos que surgen en la discusión de una reforma penal y de la política criminal a seguir, si acaso no

¹⁴⁴ *Idem.*, p. 853.

¹⁴⁵ Mary Beloff, *Teorías de la pena: La justificación imposible, en Determinación Judicial de la Pena*, compilación de Julio B. J. Mayer, Editores del Puerto, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 88.

¹⁴⁶ *Idem.*, p. 88.

¹⁴⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Editor, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 353 y ss.

se fundan a la vez en los principios de un estado de derecho. Porque sólo las tesis que sean coherentes con un Derecho Penal que condicione el poder coercitivo penal a las bases, los límites y los fines del estado de derecho, podrían luego legitimar su existencia. Ya que aquellas bases, esos límites y esos fines al sustentarse y orientarse en los derechos de los seres humanos y en actos benéficos para la gente son esenciales para el desarrollo de un Derecho Penal congruo con aquellos. A tal virtud —como veremos a continuación— destacan entre otras las reflexiones de Roxin, Ferrajoli y Zaffaroni tanto en las críticas a las tesis tradicionales, como en las razones para fundar la pena y limitarla en un estado de derecho; a tal punto, que Roxin marcó con ellas nuevos derroteros al Derecho Penal —del que se decía ya había agotado su discurso— y dio pauta a una nueva corriente juspenalista: el funcionalismo.

Como ya se vio, dicha corriente en su expresión moderada aboga por un Derecho Penal que en su fundamentación atiende a la función preventiva —general y especial— de las conminaciones penales y de las penas, mas con el sustento, los límites y las directrices que se derivan de un estado de derecho y democrático; de tal manera que las funciones asignadas al Derecho Penal operen dialécticamente evitando los excesos a los que las mismas tienden a través de los filtros que se derivan de las concepciones y los derechos del estado democrático. Ferrajoli y más aún Zaffaroni se apuntan por igual con un espíritu de crítica positiva permanente de las aporías que se den entre la realidad y las normas fundamentales que se deriven de un estado de derecho. Espíritu que tienda al empleo mínimo racional de los recursos tradicionales del poder punitivo que de por sí es irracional, lo cual —agrego por mi parte— se puede complementar si en lo posible se acude a vías y medidas alternativas para el logro de los fines del ius puniendi. Esto es, en el fondo y en la práctica ello se puede lograr en la medida que se construya un Derecho Penal reductor o de intervención mínima —lo que en gran parte aparece a un Derecho Penal Alternativo junto al Derecho Penal tradicional o dentro de él—. El cual —equilibrando los postulados constitucionales de un estado de derecho— reconozca y respete tan las características y derechos del ser humano, como la necesidad de implementar medidas que —al modificar el conflicto que se dio por la grave lesión de bienes jurídicos— sean benéficas para la sociedad.

Pero antes de ello, hay que ver cuáles son en realidad los puntos débiles y las fortalezas de las teorías de la pena.

A. Las objeciones a la tesis de la retribución. Con esta sola tesis no se podría justificar a plenitud la pena estatal dentro de un estado de derecho. Porque es cierto —en mi opinión— que a través de la pena se busca justicia, pero no lo es que el fin sea para retribuir un delito —si es que se quiere actuar con racionalidad— sino sólo en la medida indispensable que preserve la paz social y antes dicho poder penal se limite por el principio de culpabilidad. Como también es verdad que la idea de retribución es insuficiente por sí para decidir «qué» conductas del ser humano se deben considerar como delito. Y menos aún «qué» penas serían las adecuadas. Esto es, la tesis omite responder ¿qué y con qué se debe punir? Pues no dice bajo qué presupuestos y hasta qué medida que sean respetuosos de los principios de un estado de derecho, la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar por justicia con penas. La tesis de la retribución omite así trazar un "límite" a la potestad penal estatal. Roxin dice que (...) la tesis permite incluir en el código penal a cualquier conducta: "da un cheque

en blanco al legislador". Y otra sería objeción —siguiendo al autor alemán— consiste en que la idea misma de retribución compensadora y para negar la negación del derecho sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues en un sentido racional no se puede comprender: ¿cómo se puede remediar un mal que se hizo, añadiendo un segundo mal, que es sufrir la pena?¹⁴⁸

Aún así hay que coincidir con la tesis en cuanto hay en ella una idea válida: De que se haga justicia y de que la pena lleva siempre la idea de reproche. Y —como el mismo Roxin señala— es verdad que la pena no se sustrae históricamente de esos estímulos. Pero ello en nada quita la validez de la objeción central: ¿Qué acaso se ha de punir sólo por justicia y nada más que por justicia respecto de una conducta culpable? Porque en verdad, todo acto contra Derecho conlleva una consecuencia jurídica adversa en nombre de la justicia. Una secuela cuya necesidad se deriva del sentimiento y el valor mismo de justicia. Mas no son «penas» todos los efectos jurídicos desfavorables que proceden del Derecho en nombre de la justicia. Ni menos aún todos tendrían porque serlo. Al menos en su expresión más común que es la de que se sufra prisión. Una clara señal de ello es la prohibición de la fracción X del artículo 20-A C. de que: *"En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo"*.

Por lo tanto, aunque es verdad que se debe buscar que toda pena sea justa. Y de que es válido que por justicia se declare merecedor de pena al delincuente culpable de delito. Como igual es un hecho que ésta origina aflicción. Esos motivos son insuficientes para asumir que la retribución quite "la culpa de la sangre del pueblo"; o que su única función fuere "negar" a la "negación del derecho"; ni menos el que por ella se "expié al delincuente". Ya que esto último —como afirma Roxin— (...) sólo es concebible por un acto de fe.¹⁴⁹ Y éste conforme al artículo 24 de nuestra Constitución no se le puede imponer a nadie. Por lo tanto, es inválido para una fundamentación de la pena estatal. Roxin añade que (...) tampoco puede cambiar nada de esto el invocar el mandato de Dios. Pues como se sabe, las sentencias de los jueces no se pronuncian en nombre de Dios sino en nombre del pueblo. Por ello, en una época que todo poder estatal deriva del pueblo ya no es admisible legitimar las medidas estatales con la ayuda de poderes trascendentes.¹⁵⁰ Además, señala con elocuencia el autor alemán: (...) No me parece que se corresponda tampoco con la esencia de una verdadera religiosidad. Pues ¿qué sabemos nosotros de la justicia de Dios, como para podemos arrogar la capacidad de expresar con nuestras sentencias no sólo el honrado esfuerzo de nuestra defectuosa justicia terrena, sino simultáneamente la voluntad de Dios? El «no juzguéis, para que no seáis juzgados» bíblico es, si se le entiende así, precisamente un velo contra la híbrida creencia de conocer el juicio divino sobre la culpabilidad humana y poder ejecutarlo.¹⁵¹

La tesis de la expiación, retribución o venganza tiene pues en mi concepto una premisa válida: la pena es en parte un reproche al culpable en nombre de la justicia. Y no se puede desconocer que dentro de la naturaleza humana late siempre el sentimiento de justicia como una aspiración natural del ser humano. Pero la tesis

¹⁴⁸ Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, pp. 14 y ss.

¹⁴⁹ Claus Roxin, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 16.

¹⁵¹ *Ibidem*.

retributiva sigue siendo incompleta. Ella no puede valer como única ni principal proposición, porque deja sin acotar los presupuestos del delito y de la punibilidad conforme a un estado de derecho. Y porque asigna a la pena misma una función que en realidad nada compensa. Simplemente porque el daño no puede compensarse con otro. Eso es irracional. Porque en ese sentido la tesis apareja no más pero no menos que añadir un daño a otro daño. Y sin que se deba desatender que *de la misma tesis se desprenden dos principios —de los que ella parte— que son válidos si se les desarrolla debidamente. El primero: Sin culpabilidad no hay delito. Y el segundo: La justicia conlleva límites de proporcionalidad y valores de equidad que impiden la generalización y la discriminación que no se deben rebasar por el poder punitivo, más aún cuando el principio de igualdad se protege por el artículo 1° C.*

B. Las objeciones a la tesis de la prevención general. Al igual que la tesis de la retribución, la tesis de la «prevención general» mediante la amenaza de la pena tampoco salva la interrogante fundamental: ¿Sobre cuáles comportamientos tiene el Estado la facultad de intimidar con pena? Pero, además, las premisas de la tesis extienden sin límite el poder de punir y propician el autoritarismo. Más allá, quizá, que el retribucionismo, el que al menos funda la pena —aunque de manera inconclusa y negativa— en la culpabilidad individual.

En efecto, el punto de partida preventivo-general muestra tendencia al autoritarismo del Estado. Pues quien quiere intimidar mediante la pena tenderá a reforzar ese efecto castigando tan duro como le sea posible. Piénsese sino en las recurrentes tendencias de penas severas para delitos fiscales o para ciertos delitos como el robo y el secuestro. O en la propuesta de la cadena perpetua para ciertos delitos graves. Ferrajoli señala certeramente con relación a la tesis de la prevención general que: (...) está claro que no es apta para exigir algún límite o garantía a la intervención punitiva y, por tanto, es idónea para fundamentar modelos de derecho penal máximo.¹⁵² Además, en las palabras del mismo Roxón: si se parte de que tampoco para el Estado el fin justifica cualquier medio, por ende, algo así no puede ser conforme a Derecho. La prevención general necesitaría, por tanto, de una delimitación. Y ésta, ciertamente, no se desprende de su punto de partida teórico.

Una tercera objeción consiste en que hasta ahora no se ha podido probar el efecto de prevención general de la pena en muchos grupos de delitos y de delinquentes. Por el contrario, hay datos que apuntan en sentido opuesto. Un claro ejemplo es que no obstante el drástico aumento en Coahuila para las penalidades de casi toda clase de robos desde 1994, ello no trajo como consecuencia que disminuyera el número de aquellos. Más bien, éste se incrementó en los años subsecuentes, en los que tal intimidación general ya habría de surtir sus efectos.¹⁵³ Estudios del año 2000 en los Estados Unidos de Norteamérica confirmaron que la mejoría económica y el desarrollo comunitario reducían más la delincuencia que aumentar las penas. Incluso en mayor grado que la persecución y las detenciones eficaces. Las que sí tienen el efecto positivo de reducir la criminalidad. Pero una cosa es la persecución eficaz y otra la es el aumentar las penas fundándolas en la ejemplaridad. Charles J. Wahlen reportó que en 1999 los estudios de los economistas Richard B. Freeman de

¹⁵² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Riesgo. Teoría del garantismo penal*, p. 281.

¹⁵³ Informes de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Coahuila de 1994, 1995 y 1996, Gobierno del Estado de Coahuila, Saltillo, Coahuila, México, en sus anuarios estadísticos SIn.

la Universidad de Harvard y de William M. Rodgers III del Colegio de Guillermo y María, concluyeron en el primer sentido anotado. Esos economistas recomendaron —en vez de penas altas o de la mera eficacia que sólo tiene un límite preventivo estacionario— que junto con ésta última se adoptara una política constante de mejoría en el empleo y que se incrementara la capacitación a los jóvenes en situación de riesgo.¹⁵⁴

Ahora bien, quizá se puede aceptar que el hombre medio en situaciones normales se deje influir por la amenaza de una pena. Pero en todo caso esto no ocurre con delincuentes profesionales. Ni tampoco con delincuentes impulsivos ocasionales. Como es el caso de las personas que actúan bajo emoción violenta. Por otra parte, en delitos graves —como en los delitos contra la vida, la libertad personal o sexual— es especialmente escasa la fuerza intimidatoria de las amenazas penales. Incluso de las penas draconianas. Así, las crueles penas de muerte norteamericanas o las corporales de los siglos pasados que con frecuencia se practicaron en Europa —como imponer el suplicio de la rueda, del descuartizamiento y del garrote— en nada pudieron, ni pueden aún, disminuir la criminalidad. En resumidas cuentas, el mismo Roxón apunta que (...) cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general. Ciertamente que a esto se puede objetar que, según la naturaleza de las cosas, sólo resultan visibles los casos en que la intimidación fracasa y no aquellos en los que tiene éxito. Pero prescindiendo de las causas citadas por las que este éxito ya es dudoso en muchos delitos. Además, sería paradójico en cierto modo que el Derecho Penal careciera de significación precisamente para los delincuentes. Es decir, para los que no se intimidan. Y, además, para los que son sencillamente "inintimidables". Más aún, que frente a ellos tampoco hubiera de prevalecer, ni legitimar la pena.¹⁵⁵

Una cuarta objeción se añade a las anteriores: "¿cómo se puede justificar el que se castigue a la persona ya no en consideración a ella misma, sino en consideración a las demás?". En el fondo, esta cuarta réplica contra la prevención general es la más importante, ya que aun cuando fuera eficaz la intimidación, es difícil comprender: ¿Cómo puede ser justo que se imponga un mal a alguien, para que otros omitan cometer un mal? Kant criticó esa postura por atentar contra la dignidad humana e hizo constar que: (...) al individuo no se le puede manejar nunca como «medio» para las intenciones de otros, ni mezclado con los «objetos» del Derecho de cosas. Lo cual va en contra de su connatural personalidad.¹⁵⁶ Ciertamente, se debe coincidir con Roxón y Ferrajoli que —siguiendo en este punto a Kant— razonan que tal instrumentación del hombre es inadmisibles para un orden jurídico que estime al ser humano como portador, completamente equiparado a todos los demás, de un valor como persona. Valor que es previo al Estado y que se debe proteger por éste. De aquí que la interpretación del principio de culpabilidad —como juicio de reproche al autor porque pudo actuar conforme a Derecho— sólo pueda admitirse si a la vez se vincula ese juicio con la dignidad del ser humano, la cual reconoce nuestra C. en sus artículos 1º y 2º, 3º-C, 4º-párrafo sexto y 25º-párrafo primero. Así como con la

¹⁵⁴ Esos economistas descubrieron que la disminución de 2.8% entre 1992 y 1997 en la tasa de desempleo en los Estados Unidos de Norteamérica, redujo 3.8% los crímenes de jóvenes. En comparación, el incremento en la eficacia de la persecución redujo esa clase de delitos en cerca de 3.7%. Es más, un nuevo análisis de los economistas José Berstein y Ellen Houston del Instituto de Política Económica de Washington, indicó que el descenso de los delitos por el primer factor era sólo la primera manifestación. El mayor impacto estaba aún por venir. Porque la mayoría en el mercado de trabajo para ese año apenas tomaba impulso. Y sin que todavía se reflejara en las estadísticas de 1998 al año 2000. Ver a Charles Williams J., It's about jobs, stupid, Economic Times, en Business Week, Latin American Edition, august 21-28-2000, p. 19.

¹⁵⁵ Claus Roxón, *Problemas filosóficos*, p. 18. Así mismo, Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, p. 208.

¹⁵⁶ Tomado de Roxón, *Ídem*, pp. 18 y ss.

garantía de "igualdad" que también protege nuestra C. en sus artículos 1°, 2°, 4°, 12, 13 y 17. Y de las cuales se deriva que a las personas se les considere en sí mismas y no como medio para obtener otros fines. Al igual que la pena se imponga en virtud de la culpabilidad por el «hecho» que cometió el autor, lo cual también se deriva de los artículos 14, 16 y 19 C. Como también al principio mismo de "justicia" — valor que también recoge el artículo 17 C. —. Principio del que se deriva que la pena sea acorde a la gravedad de esa culpabilidad en el hecho cometido. (...) Un ordenamiento así —dice Roxón— rechaza considerar a las personas como «objetos» a disposición de la coacción estatal, o como material humano utilizable.¹⁹⁷ La teoría de la prevención general, por tanto, no puede dar un fundamento del *jus puniendi* estatal en sus presupuestos. Ni lo limita en sus consecuencias. Es, además, discutible como política criminal absoluta. Y carece de una legitimación que concuerde con los fundamentos de un orden jurídico que se sustente en un estado de derecho.

C. Las objeciones a la tesis de la prevención especial. La idea de un Derecho Penal preventivo, de seguridad y corrección, seduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social. Pero así como es clara en sus metas, en cambio, al igual que las tesis restantes omite justificar o legitimar dentro de un estado de derecho los presupuestos de las medidas estatales necesarias para su consecución. En ello radica un serio punto débil de esta teoría. El que Roxón objeta así: (...) ya no es sólo que todos somos culpables. Sino, además, que todos necesitamos corregimos.¹⁹⁸ Ciertamente que según esta concepción, el esfuerzo terapéutico-social del Estado se debe dirigir solo contra los inadaptados en medida extrema a la sociedad. Pero el punto de partida sigue siendo suficientemente peligroso. Por ejemplo, a un régimen en el poder le hace posible el que someta a «tratamiento» penal a enemigos políticos en calidad de inadaptados socialmente. Pero incluso si se dirige la vista a los «asociales» en sentido tradicional —como los mendigos, vagabundos, vagos y prostitutas— caen en el ámbito de la potestad punitiva grupos de personas cuyo tratamiento como delinquentes apenas se puede fundar en un orden jurídico-penal como el que tenemos.

Pues éste —agrego por mi parte— se dirige a conductas humanas concretas y no a las «propensiones», «condiciones», «modos de ser» o «estados sociales» de las personas. Este punto de partida preventivo especial en realidad es discriminante y abre un juicio sobre toda la vida anterior del autor para declararle culpable por lo que él es y no por lo que él hizo al juzgarse a través del debido proceso. Así pues, cuando a un tipo penal se le hacer residir en el modo de ser o el estado social de las personas se atenta contra la garantías de libertad y de igualdad del artículo 1° C. y cuando a la culpabilidad o la agravación de la pena judicial se le finca en la personalidad según la conducción de la vida, se convierte al libre desarrollo de la personalidad en una excepción contra la persona, en vez de lo que aquél es: un derecho. Todo ello contraría los derechos fundamentales que se protegen en la C. en el capítulo de las garantías individuales. Como ya sucedió en México, pues así como el Derecho Penal Mexicano sustentó la imposición de la pena en la

¹⁹⁷ Claus Roxón, *idem.*, p. 18.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 19.

peligrosidad social,¹²⁸ ese criterio también se deslizó a la tipificación de los llamados delitos de "vagancia y malvivencia". Los que junto con la temibilidad social como fundante de la pena perduraron durante más de seis décadas en el pasado siglo XX. Bien señala Ferrajoli que: (...) toda prefiguración normativa de «tipos «subjetivos» de desviados no puede dejar de referirse a diferencias personales, antropológicas, políticas o sociales y, por tanto, de concluir en discriminaciones apriorísticas.¹²⁹

La tesis de la prevención especial también propicia al Derecho Penal de Autor. El mismo que sustentó el poder punitivo del nacionalsocialismo. El Derecho Penal de Autor funda la potestad para punir según la personalidad del sujeto activo evidencie su asociabilidad en los términos que indique el Estado. El grado de la misma decidirá la sanción y su medida.¹³⁰ Asimismo, la idea de prevención especial tampoco posibilita que se delimite en tiempo la intervención estatal mediante penas fijas. Sino que, consecuentemente y según ella, se debería perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección o se elimine la peligrosidad del sujeto; incluso aunque su duración sea indefinida. El instituto de la "retención" en sede de ejecución penal —que aún perdura en México en algunas leyes estatales— es muestra de ello. Todo ello pugna con el principio constitucional de penas que se han de definir no sólo en su naturaleza, sino en su duración máxima, que se deriva del artículo 14 C. y, además, desafia a la garantía de readaptación social correctamente entendida. Misma que postula el artículo 18 C. como fin del sistema penal. Pero, igualmente, desde el punto de vista de dicho Derecho Penal «correcionalista» ni siquiera se hace inteligible la vinculación a descripciones exactas del hecho. Ni se excluye a la analogía. Lo cual también contraviene el citado artículo 14 C.¹³¹ En pocas palabras, la tesis de la prevención especial tiende —todavía más que un Derecho Penal con carácter retributivo o de prevención general— a dejar a las personas a merced de la intervención estatal de manera ilimitada. Y ello, sin lugar a duda, propicia el autoritarismo. Además, con todo ello se contraría las aspiraciones hacia un estado de derecho con sustento democrático.

Es cierto que todas las consecuencias de la tesis preventivo-especial sólo las extraen los representantes más radicales. Cierta es también que la mayoría de ellos sigue al Derecho Penal del hecho; a la precisión del tipo penal y a la exactitud de la pena. Pero ello demuestra, como dice Roxón: (...) que los defensores de la prevención especial son incapaces de explicar, desde su punto de partida, los fundamentos del Derecho Penal. Por lo tanto, también ellos dan por supuesta una extensión sin límites jurídicos de la potestad penal estatal.¹³² En tanto que Ferrajoli apunta que: (...) las tesis que consideran al delito como patología, poco importa que sea moral, natural o social, y las penas como terapia política a través de la curación o amputación. Todas ellas son, además, francamente sustancialistas, dado que no separan la legitimación interna con la legitimación externa del derecho penal... y en todos los casos es la persona del delincuente más que el hecho delictivo —el

¹²⁸ En el artículo 52 del OFF, la peligrosidad o temibilidad fue hasta 1994 el criterio determinante para la individualización judicial de la sanción. En el artículo 182 del CPC esa peligrosidad o temibilidad fue hasta ese año el criterio determinante para fijar la sanción judicial; y aún desde 1995 hasta septiembre de 1999 fue uno de los tres criterios que en su conjunto determinaban el grado de punibilidad judicial —como medida de la pena de prisión—.

¹²⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 36

¹³⁰ Ver al respecto el inciso C del núm. II del CAPÍTULO SEGUNDO de este trabajo.

¹³¹ Ya desde 1977, en mi trabajo *El Sistema de Readaptación Social en Coahuila*, mencioné que: "Es de recusarse a la defensa social como concepto que responde a una dogmática nueva o neopositivista, que repugna y pone en duda las expresiones 'delito', 'delincuente' y 'pena', y rechaza los criterios de responsabilidad y culpabilidad individual. Pero sí concebimos a la 'defensa social', como noción de política criminal sólo en cuanto aliente a un tratamiento resocializador y asistencial" (Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, 1977, p. 29.) Ahora debo añadir, que aún la misma idea —"tratamiento resocializador"— merece precisión jurídica en el sentido que más adelante preciso en este trabajo.

¹³² Cjmus Roxón, *Problemas Jurídicos...*, p. 20

pecador, más que el pecado, el enfermo más que el síntoma de enfermedad— el que pasa a primer plano, a los fines y cantidad de la pena.¹⁶⁴ De todo ello, el jurista itálico concluye que las posturas de la prevención especial sin los límites que se imponen por un estado de derecho: (...) son las más antiliberales y antiguarantistas que históricamente hayan sido concebidas y justifican modelos de derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado.¹⁶⁵

Contra la concepción de la prevención especial se alega con frecuencia otra objeción. La que todavía no se refuta de manera concluyente. Consiste en que aun en los delitos más graves no se tendría que imponer pena si falta el peligro de repetición. Roxin señala como uno de los ejemplos más contundentes en su momento, el de los asesinos de los campos de concentración en Alemania: (...) Algunos de ellos mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes. Esos asesinos vivieron luego en su mayoría de una manera discreta e integrada socialmente. Por lo tanto, no necesitaban de «resocialización» alguna. Tampoco existía en ellos el peligro de una repetición; es decir, por el que se les hubiera que intimidar y asegurar. ¿Realmente, por ello debían quedar impunes?¹⁶⁶ Por lo demás, el problema es independiente de esa mirada histórica. También en otros casos se dan delitos graves de sangre —y aun otros delitos— que con frecuencia se deben a motivos y situaciones irrepetibles. Y nadie, sin embargo, extrae en serio la consecuencia de la impunidad. De los delincuentes pasionales, por ejemplo. De la Barrada Solórzano señala que (...) se ha anotado que es sumamente difícil que las circunstancias que originan el crimen pasional (adulterio del cónyuge, muerte por homicidio de su ser querido, etcétera), se repitan.¹⁶⁷ Pero la tesis de la prevención especial no puede fundamentar desde su perspectiva la necesidad de la pena en esos casos.

Por otra parte, es cierto que la idea de la «corrección» indica un fin a la pena —no legítimable en un estado de derecho como enseguida se verá—. Pero también lo es, que la tesis de ningún modo justifica ese fin. Es decir, no decide los criterios por los que se deba sancionar a ciertas conductas con penas, como creen en forma errónea la mayoría de los partidarios de esa teoría. Así Roxin se pregunta: (...) ¿Qué legitima a la mayoría de una población que obligue a la minoría a que se acomode a las formas de vida gratis a aquélla? ¿De dónde obtendremos el derecho de educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas? ¿Por qué no ha de poder vivir del modo que desee el que lo haga al margen de la sociedad? Bien se piense en mendigos o prostitutas; bien en homosexuales o en otros grupos de «indeseables». La circunstancia de que son incómodos o molestos para muchos de sus conciudadanos: ¿es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes? Preguntas tales suenan algo provocadoras; pero con ello sólo se prueba lo que la mayor parte de la gente considera como algo evidente: el que se reprima violentamente lo distinto, lo discrepante. ¿Pero en qué medida existe en un estado de derecho una facultad para esto? Porque ese es el verdadero problema. Problema que es incapaz de resolver la concepción preventivo-especial, por caer fuera de su campo visual.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 278.

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Claus Roxin, op. cit., p. 20.

¹⁶⁷ Luis de la Barrada Solórzano, "Algunas Reflexiones sobre la resocialización", *Criminología*, año XLVI, N° 1-12, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa S. A., México, D. F., enero-diciembre 1980, p. 128.

¹⁶⁸ Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, p. 17.

Expresándolo en pocas frases: la tesis de la prevención especial es inidónea para justificar al Derecho Penal porque no puede fijar sus presupuestos, ni señalar lindes seguros a sus consecuencias y que sean congruos con un estado de derecho. Porque no explica la punibilidad de delitos sin peligro de repetición. Porque la idea de corrección social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación. Por lo demás, la idea de que nuestra Constitución apoya esa forma de pensar parte de un desconocimiento de los fundamentos de la readaptación como lo que en verdad es, un sistema jurídico penológico de reincorporación social responsable y humanamente digno. Muy lejano al de un sistema terapéutico-correctivo de la personalidad. Incluso al término «readaptación» se le emplea equivocadamente y, con ello, se da pie a que se parta de promisas falsas. El vocablo indica volver a socializar. Como dice Barrada Solórzano: (...) Volver a los valores de la sociedad a un individuo que, por la razón que fuere, se desocializó o se desadaptó. Porque en términos generales los delincuentes no se desadaptan, porque jamás estuvieron desadaptados y, por lo tanto, es imposible readaptarlos.¹⁶⁹

Porque en su contexto jurídico el significado del término "readaptación social" es menos absurdo y más accesible de lo que se deriva de su interpretación correccionalista, pues aquél encarna el deber que tiene el Estado de facilitar la integración responsable y digna del inculpaado o sentenciado en la sociedad.

En tal tesitura el "sistema penal"¹⁷⁰ —y no sólo el penitenciario— con fines de readaptación social —y con real apoyo en nuestro artículo 18 C. — también se puede concebir como un conjunto de métodos racionales por los que es permisible —a través de instituciones jurídicas que miren a los medios y al fin de aquél sistema— el evitar, sustituir, modificar o acortar las penas —lo que implica la posibilidad legítima de acudir a vías y medidas alternas— para procurar o facilitar una socialización responsable. Dichas instituciones jurídicas se han de sustentar conforme al artículo 18 C. Esto es, apoyarse en bases racionales que se orienten «del y hacia el trabajo y la educación» —como promotoras de esa incorporación social responsable—. A partir de tal idea de readaptación social es posible establecer vías que instrumenten esa incorporación social responsable. Mas no aquellas que vean a la misma como re-educación, trabajos forzados o tratamientos con carácter terapéutico. Porque de ningún modo nuestra Constitución autoriza al Estado a que "readapte" al delincuente por la vía de que se le corrija su personalidad o se elimine de esa forma su supuesta peligrosidad social. Ideas que, además de ilusas y de evidente fracaso, atentan contra la dignidad personal y van en perjuicio de una garantía acorde con el interés jurídico-constitucional de una incorporación o reincorporación social benéfica con respeto a la dignidad de las personas que tutela nuestra C.

D. Las objeciones a la tesis de la adición compensadora y a la tesis preventiva del fin de la vigencia de la norma —para el funcionamiento de un sistema social de convivencia—. La tesis adiconista, al superponer las tesis de la retribución, de la prevención general y de la especial —sin que subsane, limite y reoriente sus omisiones y desvíos— no hace más que multiplicar los inconvenientes de las

¹⁶⁹ Luis de la Barrada Solórzano, op. cit., p. 125

¹⁷⁰ Sobre los alcances de la expresión "sistema penal", véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 7 a 10. En ese "sistema" se incluyen los subsistemas relacionados con las comunicaciones penales, la prosecución y la administración de justicia penal, la aplicación y la ejecución de sanciones, según se explica en este CAPÍTULO y el siguiente.

demás tesis. Por lo tanto, en la misma medida se amplían las objeciones que le son oponibles, por los evidentes peligros potenciadores de autoritarismo y de lesión a los derechos humanos que les son inherentes a las tesis restantes. El adiconismo no presenta pues una nueva visión que permita fundar al Derecho Penal y a la vez encauzar de manera racional y funcional al poder punitivo estatal. Tan solo suma los argumentos de las posturas tradicionales y, con ello, aumenta y extiende sus riesgos autoritarios y sus inconvenientes disfuncionales.

Por su lado, las tesis extremas funcionalistas de una prevención positiva presentan serios inconvenientes. Esto es, en cuanto a la función que asignan a la norma penal y por tanto, a la pena, cual es "garantizar el sistema social de convivencia mediante la afirmación de la vigencia de la norma penal". Con lo que esas posturas —quieránlo o no lo quieran— tienen un fuerte tufio retribucionista. Schönemann les critica: (...) La superación del mal se consigue sólo mediante la reparación y no con la causación de un nuevo mal, pues solo el mal y el bien —o planteándolo subjetivamente, el dolor y el placer— pueden compensarse, mientras que de un mal redoblado, o de un dolor redoblado, resulta un saldo negativo doblemente negativo. Y Bernd Schönemann continúa: (...) Para eludir esta aporía, los partidarios de la teoría absoluta de la pena se refugian, ya desde los tiempos de HEGEL, en el discurso abstracto de la mera «negación de vigencia». Pero con ello pierden de vista la especificidad del Derecho penal y sólo consiguen caer en una nueva aporía. En efecto, cualquier comportamiento antijurídico que, sencillamente no respete las normas del Derecho civil o del Derecho público, contiene también una negación de vigencia. Los partidarios de la teoría absoluta de la pena deben, pues, o bien adoptar la simple antijuridicidad en lugar de la dañosidad social como punto de vinculación con la pena, o bien admitir que la negación de la vigencia no constituye en absoluto el factor decisivo de la necesidad de la pena. De esta trampa ya no pueden escapar.¹⁷¹ Sin que se pase por alto que afirmaciones como la de Michael Köler, en el sentido de que la necesidad de la pena (...) se constituye por el efectivo restablecimiento de la misma relación jurídica, incluso en las penas más leves,¹⁷² se condice mal con un "sistema penal" como el Mexicano donde el artículo 18 C. le asigna el fin de la readaptación social. Y, por ende, la C. en México implica la necesidad de brindar alternativas a las penas leves de prisión para la reinserción social. Además, la fórmula de los funcionalistas extremos —como el mismo Schönemann apunta—: deja sin explicación porqué las conminaciones penales amenazan con menor o mayor pena la realización de ciertas conductas según el bien jurídico que aquellas protegen.

Así pues, las tesis de los funcionalistas extremos no parten de los fundamentos y límites que impone el estado de derecho. Y en el fondo son retributivas al sostener el fin de la pena en la mera vigencia de la norma. Pero su visión implica, además, mera prevención general o simple especial adosadas con terminología diferente. Pues ¿cómo esperan promover la fidelidad al Derecho y lograr la "internalización" de los postulados de la comunidad jurídica que provienen del Derecho? ¿Qué acaso en aras de la mera «funcionalidad» del «sistema social» o el de «restablecimiento de la vigencia de la norma»? Como así lo predicán. Y ello sin sujetar ni hacer depender esa funcionalidad penal y ese restablecimiento de la norma jurídica en la lesión de bienes jurídicos,

¹⁷¹ Bernd Schönemann, en Claus Roxin, Günter Jakobs, Bernd Schönemann, Wolfgang Friedl y Michael Köler, *Sobre el estado de la teoría del delito* (Reunión en la Universidad Pompeu Fabra), Civitas Ediciones S.L., Madrid, España, año de 2000, p. 117.

¹⁷² Michael Köler, cit. por Bernd Schönemann, en op. cit., *Sobre el estado de la teoría del delito...*, p. 118.

sino e la mera infracción a la norma como expresión de las expectativas sociales de determinado sistema; ni tampoco con sustento en el respeto a los derechos humanos, ni de sus garantías individuales, ni de su compaginación con actos benéficos para la sociedad. El punto de partida de la prevención positiva —sin los fundamentos y los límites que el estado de derecho impone al poder punitivo— se acomoda, pues, indistintamente, tan a las pretensiones de un estado autoritario como a las de un estado democrático. Y ello es así, en tanto que la dogmática jurídica del delito tiene un carácter neutro para las tesis funcionalistas extremas de prevención. En la que cualquier crítica o valoración del sistema está excluida de antemano. Lo que importa es la funcionalidad de las distintas categorías o elementos del delito según el sistema normativo al que se refieran ubicadas como categorías intrasistémicas de un orden social. Para esa tesis, es pues indiferente — como señalan Muñoz Conde y García Arán— (...) que el sistema sea el de un Estado democrático o el de un Estado totalitario, el de un convento de monjas o el de una banda de ladrones, lo que importa es la estabilidad del sistema mismo y la funcionalidad de las distintas categorías y conceptos elaborados para conseguir esa estabilidad.¹⁷³ Respecto a esto último, en nuestro país observa el Dr. Robledo Ramírez que: (...) el principio de culpabilidad está fuera de toda consideración en el momento en que las medidas de seguridad o los sustitutivos penales se imponen.¹⁷⁴ Y después, al señalar las ideas de Mir sobre las contradicciones "recíprocas" que existen entre los principios limitadores del estado de derecho y las tendencias preventivas, precisa (...) que esas refutaciones mutuales sólo se pueden salvar si se concibe la función preventiva general positiva como (...) los principios penales legales limitadores del poder punitivo que promueven la no desocialización de los ciudadanos, utilidad de la intervención penal, exclusiva protección de bienes jurídicos, subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal, humanidad de las penas, legalidad, proporcionalidad de las penas y resocialización.¹⁷⁵ Sin duda alguna que el argumento del Dr. Robledo Ramírez es admisible. En cuanto a la prevención general positiva le da una función limitadora que deviene del estado de derecho, como un freno que se soporta en bases democráticas y que tiende a delimitar los excesos de la prevención general y especial. Y que, por ende, puede funcionar en los distintos momentos en los que se manifiesta el poder punitivo del Estado y no-solo en el tiempo de ejecución de la pena. Sin embargo, ese razonamiento precisamente no autoriza a que la función del *jus puniendi* sea nada más o sin más, el de "internatizar los sentimientos de la comunidad jurídica" o "lograr la fidelidad de los ciudadanos al Derecho". Pues respecto de esto: ¿qué acaso para ello no importaría que los únicos recursos fuesen los medios tradicionales del poder punitivo, como la prisión preventiva y la prisión misma? ¿Y cómo se lograría "internatizar" el Derecho en los casos de criminales imdentos y habituales? Los medios para cumplir esa función quedan sin explicación. Porque mientras eso no sea posible de lograr y constatar, se tendería a mantener en prisión a esos individuos. O bien, ¿qué acaso frente a ellos no hay que legitimar la pena?

El defecto de algunos funcionalistas al cimentar los fines del poder punitivo consiste en que la concepción de su sistema básico cual es la intrafuncionalidad normativa del sistema social no depende —ni se cerca— por los fundamentos —y límites— de un Derecho Penal que se base en el ideal del estado de derecho para aquellos

¹⁷³ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000, p. 232.

¹⁷⁴ Jorge Robledo Ramírez, "La prevención general positiva", pp. 8 y ss.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

efectos. No vinculan, pues, a partir del punto de arranque de su estructura teórica, el restablecimiento de la vigencia de la norma jurídica, la confianza en el Derecho, la internalización y la promoción de la fidelidad al Derecho con el ideal del estado de derecho mismo. Sino que adaptan su sistema teórico a ese estado de derecho, pero sin que la validez de aquél dependa del último y, por tanto, también sería posible acomodarlo dentro de los cánones de un régimen autoritario.¹⁷⁶

E. Las objeciones y ventajas de las tesis moderadas. El indudable tino de Roxin fue el señalar la necesaria vinculación del ius puniendi con los límites del estado de derecho, para que así pueda admitirse la potestad de punir. Cuyos afanes están siempre en tensión dialéctica con los límites que surgen de los ideales del estado de derecho. La tesis —como se vio— sostiene que tan la función preventiva general como la especial han de limitarse de acuerdo con aquellos principios. Pero donde Roxin parece errar —en mi opinión— es en la fusión entre poder punitivo y Derecho Penal y en su tendencia a dejar de lado el principio de culpabilidad para sustentar la pena concreta —en virtud de que aquella no podría probarse— para preferir el límite que se derivaría de la falta de necesidad social de la pena a efectos preventivos. Con ello Roxin olvida que la culpabilidad es un concepto que en gran medida es normativo y que de ello tampoco se escapa la idea de responsabilidad por necesidad social de la pena en el caso concreto. Por lo que en tal sentido, lo que sí es demostrable es el conjunto de circunstancias que sirven de base tan al juicio de reproche como al concepto de responsabilidad penal basado en la necesidad social de la pena.

En realidad Roxin es ambivalente en su planteamiento. Porque aún con aquel rechazo parece decidirse por una propuesta dual en el examen acerca del último escalón del delito: El binomio culpabilidad-responsabilidad. Con lo que en el fondo Roxin conserva a la culpabilidad como uno de los baremos limitadores de la pena. Aunque por otra parte, cabe señalar que la tesis de una prevención positiva que se nutra y limite por los principios de un estado de derecho sigue ganado terreno y deja de lado a la culpabilidad o francamente tiende a ello.¹⁷⁷ Con lo cual Roxin discrepa. De ese modo, Roxin dice que (...) el principio de culpabilidad es el medio más liberal y el psicológico social más propicio para la restricción de la coerción penal estatal que hasta hoy se ha encontrado; [de tal suerte que]...corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correspondiente a la máxima culpabilidad, la cual, en esa medida, tiene pleno sentido también desde el punto de vista preventivo. La sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídico general, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merezca, y "merecida" es sólo una pena acorde con la culpabilidad.¹⁷⁸ Con ello y aunque parezca no reconocerlo —en mi concepto— Roxin legitima la función de la culpabilidad. Pero

¹⁷⁶ Claro que esas objeciones no deben conllevar a que se desechen las aportaciones válidas del funcionalismo, con inclusión del extremo. En él hay elementos aprovechables: en la medida en que desarrolla la idea de que el tipo penal es algo más que el supuesto de una conducta que se moldea con conocimiento y fin de las condiciones fícticas que el mismo describe y en las que aquella se concreta. Pues en el tipo penal subyacen siempre ingredientes "normativos". Estos no se reducen a las expresiones de ese carácter que provee el tipo. Puesto que él abarca también a las condiciones por las que adquiere sentido la prohibición de la norma penal. Esto significa que las conductas que el legislador describe implican algo más que la realización ontológica de la conducta: en cuanto también aparecen un significado social de desear. Este contenido "normativo" obliga al análisis del tipo no sólo en su perspectiva material y ontológica. Impulsó, además, a ver el carácter "normativo" del tipo penal y fijar los criterios objetivos con los que se moldea el sentido penal de las conductas típicas. Como se ve en su oportunidad. Ver CAPÍTULOS SEPTIMO, DÉCIMO Y DÉCIMO QUINTO.

¹⁷⁷ Ver al respecto el análisis completo que hace de esa tendencia Arturo Villanar Palos, *Culpabilidad y Pena*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984 [en toda su obra.]

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 188.

entendida de un modo sustancialmente diferente a la idea de un castigo que compensa¹⁷⁹ o expía: Pues de la idea de culpabilidad se extrae el que a nadie se le debe hacer responsable sino de sus propias acciones libres y, por ende, responsables. Y, por lo tanto, el que a nadie se le debe responsabilizar en atención a los demás; ni en virtud de consecuencias que se deriven del azar, sino de acuerdo con su conducta y según sus circunstancias —que no antecedentes— personales al realizarla. Pero tal idea de culpabilidad rechaza igual cualquier concepto que discrimine para agravar la pena judicial por atentar contra la dignidad humana. Como también ella contiene a un principio de elemental justicia: la proporcionalidad. Y todo ello tiene importantes implicaciones no solo para decidir si hay o no hay culpabilidad; sino, además, sobre la imputación penal misma de la acción y, además, sobre la naturaleza y gravedad de la sanción.

Por lo demás, es cierto que la falta de necesidad social de la pena en un caso concreto puede —y debe— excluir la pena. Pero también lo es que antes de que se acuda a aquel baremo, hay que emitir el juicio sobre la culpabilidad del autor, sin que ésta pueda y deba ser sustituida en todos los casos por los criterios preventivos. Pues aunque éstos sólo se estimen como límites a la pena, también al menos es indispensable que al realizar la conducta haya el grado suficiente de comunicación del destinatario con la norma prohibitiva misma, para poder afirmar la existencia de la culpabilidad o la falta de ella. ¿Pues cómo si no, podría luego afirmarse que hubo una decisión reprochable del sujeto contra la norma?¹⁸⁰ Asimismo, es cierto que al aplicar un sustitutivo penal se prescinde de algunas de las implicaciones que trae consigo el principio de culpabilidad. Pero antes que eso, también es verdad que para decidir la pena no se puede desechar la culpabilidad. Por el contrario, hasta después de constatar su existencia, se mide su gravedad y en esta medición sí es racional atender a todas aquellas circunstancias reales con inclusión de los antecedentes del sujeto que racionalmente sirvan para reducir la gravedad de la culpabilidad y así limitar la potestad de punir y se posibilite la incorporación social responsable de la persona; y una vez agotada esa función será cuando el juez, con base en la pena ajustada a aquella, podría apartarse de las demás consecuencias meramente retributivas de la culpabilidad en aras de la prevención concebida como limitadora del poder punitivo estatal y así sustituir la pena. Y de la cual, siempre que sea posible, la prevención especial positiva habría de tener prevalencia pero sólo en atención a los fines de "readaptación social" que nuestra Constitución asigna al "sistema penal".¹⁸¹ De igual modo no es menos cierto que en ciertos casos concretos, aun existiendo un remanente de culpabilidad, las circunstancias del hecho y las condiciones del sujeto pueden hacer racionalmente intolerable la imposición de cualquier pena a efectos de prevención general; en cuyo caso, éste criterio ha de prevalecer, y más aún, cuando por aquellos motivos ninguna medida de prevención especial resulta ya aconsejable. Estas últimas consecuencias se extraen de la tesis preventiva de Roxin. Y en ello le asiste innegable razón, para que de aquella manera la prevención general —a través de la responsabilidad penal— pueda formar fila junto con la culpabilidad. Ambas como pivotes limitadores de la pena.

Por su parte, Ferrajoli también acierta en su postulado: A través del método crítico garantista ha de buscarse la aproximación de la ley y la práctica con los principios, los fundamentos políticos y filosóficos que sustentan al

¹⁷⁹ Y como ya se vio: ¿Qué compensaría? Nada.

¹⁸⁰ Artículos 52-fracción-VII del CPF y 72-fracción VII del CPDF.

¹⁸¹ Acerca del significado de la expresión "sistema penal", véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales...*, op. cit., pp. 7 a 10.

estado de derecho; a efecto de que —en la medida de lo plausible y racionalmente posible— se minimice la violencia y se maximice tan la libertad de los desviados como la protección de los no desviados. Mas el modelo de Ferrajoli no suministra una justificación en abstracto del Derecho Penal, sino que únicamente consiente descargos de los sistemas penales concretos en función de aquél ideal. Esto es, según Ferrajoli el Derecho Penal y no solo sistema penal carecerían de justificación jurídica en sí mismos. Las normas que los rijan sólo se les puede admitir en cuanto expresen o tiendan a una minimización racional de la violencia y a un mayor grado de eficiencia en la tutela de la los derechos humanos, tanto en la protección de los no desviados como en la de los desviados. Con ello Ferrajoli parece perder la ocasión de hacer dogmática del delito y de la pena. Y cancela así la oportunidad de hacer un análisis crítico de las normas que rigen al delito desde ese enfoque, para así destacar las antinomias que pueda haber entre aquellas o su entendimiento y los ideales del estado de derecho y proponer soluciones garantistas acordes con aquellos en el seno de la dogmática penal.¹⁰²

Frente a ello, aunque con orientación análoga está la tesis de Zaffaroni que bien distingue entre poder punitivo y Derecho Penal. Dice Zaffaroni (...) Para proteger los valores elementales de la vida comunitaria, el derecho penal deber saber que no regula el poder punitivo, sino que sólo puede —y debe— contenerlo, para que no se extienda aniquilando estos valores.¹⁰³ Bajo esa premisa, en su nueva y magnífica obra "Derecho Penal" —que sustituye a su "Tratado"—, Zaffaroni se adentra al examen de una concepción dogmática-crítica del *ius puniendi* que se apoye en los principios de un estado de derecho y funja como reductor racional de las manifestaciones irracionales del sistema penal.¹⁰⁴ Así pues, el método garantista de Ferrajoli se puede emplear como una herramienta útil en la misma dogmática. Porque con él se puede poner en evidencia en muchos casos, sino en todos, la inidoneidad de una solución dogmática formal que se distancie de su necesaria legitimación sustancial. La cual sólo puede darta la C. y el apego a los valores y principios de un estado de derecho. Todo ello con el fin de encontrar soluciones que armonicen en lo posible ambos aspectos atendiendo a una teleología reductora. Y de no ser ello viable, que al menos permita denunciar la ilegitimidad sustancial de la norma formal interpretada. De esta manera el sistema replanteado por Zaffaroni apunta hacia un Derecho Penal reductor del poder punitivo al ajustar el entendimiento de sus normas como construcciones jurídicas que se correspondan con los ideales de un estado de derecho que se hallen en una Constitución de corte democrático como lo es la mexicana. En su edificación sistemática Zaffaroni rechaza la tesis moderada de Roxin de la función preventiva de la pena dentro del sistema social de convivencia y la tendencia a separarse de los datos ónticos, para construir nociones puramente normativas o al menos prevalentemente normativas. El insigne penalista argentino más representativo e importante de América Latina destaca un punto crucial:

El derecho penal siempre debe tener una función de dique colocado por el estado de derecho para contener la presión del estado policía y el valor negativo asignado al poder punitivo en general y a la pena en particular. A partir de ello sostiene: "...no puede eludirse la consecuencia de que la construcción conceptual del delito de un sistema orientado por la idea rectora de su intencionalidad reductora del poder punitivo. Cada parte del sistema

¹⁰² Ver Capítulo SEXTO.

¹⁰³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal*..., op. cit., Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 363.

¹⁰⁴ *Ibid.*, op. cit., pp. 356 y ss.

conceptual debe ser funcional a esta idea rectora de la totalidad de la construcción".⁴⁶⁵ La función del Derecho Penal según Zaffaroni no es pues legitimar al poder punitivo, simplemente porque no puede hacerlo en una medida considerable sino reducirlo y contenerlo. En este contexto Zaffaroni critica por igual la tesis funcional sistémica de Roxin y Jakobs: "...al tender a elaborar sistemas conceptuales funcionales a los objetivos que les asignan a la pena (poder punitivo) que a su vez consideran funcionales para la preservación de una sociedad entendida como sistema. Cuando en realidad lo que se debe intentar es desarrollar una estructura conceptual que sea funcional para la contención y la reducción racional del poder punitivo (porque no puede reconocerse validez científica a ninguna teoría positiva de la pena) y que a la vez resulte funcional a la dinámica de una sociedad donde se verifica la presencia de grupos en permanente conflicto y competencia".⁴⁶⁶ A Zaffaroni le asiste razón y aunque el autor le reconoce: "...al neokantismo, el entrenamiento para la fina construcción sistemática; al *finalismo*, su toque de atención por el respeto por el mundo y sus datos; y al *funcionalismo*, su sincera asunción de que los conceptos jurídico-penales son políticamente funcionales". Y por su parte sostiene que su elaboración sistemática de un Derecho Penal reductor: "...no constituye una fractura en la dinámica de la teoría del delito, sino un desarrollo de ésta". Si puntualiza que su propuesta es el apartamiento de la sociología sistémica de los funcionalistas para cambiarla por la del conflicto y, asimismo, al asociarla a una teoría negativa de la pena "...regresa la construcción a un dato de validez universal, cuya carencia le reprocha el finalismo al funcionalismo alemán".⁴⁶⁷ Quizá Zaffaroni esté en lo cierto: *el poder punitivo en cuanto es o sea irracional no se puede legitimar introduciendo dentro de él mismo las funciones de la pena por un lado y por el otro las de un derecho penal que —con base en una C. de corte democrático— su misión sea la de enfrentar a ese poder punitivo expresado en el sistema penal para reducirlo racionalmente. El Derecho Penal limita al poder punitivo pero no lo legitima.*

Pero aún así Zaffaroni podría incurrir en una falta de justipreciación al dejar de lado las tres grandes propuestas jurídico-prácticas del funcionalismo moderado de Roxin, al igual que soslayar de éste un aporte trascendental. Porque a él hay que reconocerle en primer lugar que él fue precisamente quien con más éxito encabezó la concepción de un Derecho Penal que se vincule a los límites del estado de derecho. Es verdad que Roxin concibe dentro del mismo Derecho Penal tan a las tesis preventivas como a los límites del estado de derecho, lo cuales son de por sí antinómicas; y también es cierto que aquél tiende a dejar de lado el principio de culpabilidad —porque aquella no podría probarse— a favor del límite que se derivaría de la falta de necesidad social de la pena a efectos preventivos. Y es asimismo incuestionable que las pretensiones preventivas del poder punitivo son inconciliables con un Derecho Penal que se apoye en los ideales de un estado de derecho. Pues aunque el Derecho Penal tiene que partir de la realidad normativa vigente, *la misión de aquél es la de enfrentarse al poder punitivo para encontrar propuestas jurídicas racionalmente reductoras del mismo poder punitivo que se han de hallar en las pautas superiores de una Constitución que se oriente a los ideales de un estado de derecho.*

⁴⁶⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal...*, op. cit., Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 371.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, op. cit., p. 373.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 372.

Mas en segundo lugar, igualmente es verdad que Roxin se decide por el binomio culpabilidad-responsabilidad y conserva a la culpabilidad como uno de los baremos limitadores de la pena. Y también es cierto que Roxin entiende a la culpabilidad de un modo sustancialmente diferente a la idea de un castigo que compensa²⁰⁰ o expía. Pues de la idea de culpabilidad extrae la idea de Kant de que a nadie se le debe hacer responsable sino de sus propias acciones libres y, por ende, responsables; y de que igual modo rechaza cualquier concepto que discrimine para agravar la pena judicial por atentar contra la dignidad humana. Por lo demás, en el ámbito de la función preventiva de la pena con relación a la responsabilidad —que se integra a la culpabilidad—, Roxin da prevalencia a los criterios preventivos que operen como límites a la pena; y en ese sentido es relativamente admisible que siempre que sea posible la prevención especial positiva habría de tener prevalencia sobre las penas más severas en atención a los fines de “readaptación social” que nuestra Constitución asigna al “sistema penal”.²⁰¹ Y del mismo modo en ciertos casos concretos las circunstancias del hecho y las condiciones del sujeto pueden hacer racionalmente intolerable la imposición de cualquier pena a efectos de prevención general; en cuyo caso, éste criterio ha de prevalecer; y más aún, cuando por aquellos motivos ninguna medida de prevención especial resulta ya aconsejable. Con lo cual se da a la función preventiva efectos reductores al poder punitivo. Estas últimas consecuencias se extraen de la tesis preventiva de Roxin, para que de aquella manera la prevención positiva —a través de la responsabilidad penal— pueda formar fila junto con la culpabilidad. Ambas como pivotes limitadores de la pena. Igualmente y en tercer lugar, la elaboración de los criterios jurídicos de imputación objetiva en el seno del tipo objetivo, aún con su evidente carga normativa —en parte tan difusa como también lo son las ideas tradicionales del peligro de bienes jurídicos y la previsibilidad de su daño de las tesis causalista y finalista (que sino de la teoría del dominio del hecho que la última impulsa) — se elaboran a partir de premisas que se corresponden con límites del estado de derecho. Y en tal medida es factible que también puedan operar como reductores racionales de excesos a los que se puede llegar en la interpretación del tipo penal sin que ello signifique contraponerse necesariamente con los postulados finalistas y los de un estado de derecho sino complementarios. Como en su oportunidad se verá. Por último y en cuarto lugar, el enfatizar que los postulados de un estado de derecho también pueden y deben orientar y limitar a la política criminal que adopte el Estado para la construcción del sistema penal.

— V —

Conclusiones y toma de postura

A. **Hacia una tesis democrática de un derecho penal reductor en México.** Puedo concluir que salvo las posturas funcionalistas de la prevención positiva moderada o dialéctica —por su visión de ajustar el Derecho Penal a los límites del estado de derecho—, así como las orientaciones de las tesis garantista y reductora del poder punitivo que por una parte, exponen los excesos autoritarios del poder punitivo y las aporías entre aquél y los ideales de un estado de derecho; y, por la otra, proponen reducir esas aporías a través de la mínima violencia posible sobre los desviados y la máxima protección posible de los no desviados con apoyo en los

²⁰⁰ Y como ya se vio: ¿Qué compensaría? Nada.

²⁰¹ Acerca del significado de la expresión “sistema penal”, véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales...*, op. cit., pp. 7 a 10.

principios constitucionales —construyendo así un Derecho Penal reductor—; en todas las demás teorías vistas hasta ahora existe un defecto común, pues aun cuando presentan elementos aprovechables su deficiencia total consiste en que les faltan los límites y la orientación que se derivan de los principios de un estado de derecho o democrático.

La clave del problema —para lo que debiere ser un Derecho Penal Mexicano correcto— estriba en detectar los abusos y los vacíos que se manifiesten en el ejercicio y entendimiento del poder punitivo con relación a las bases, cercos y directrices que se deriven de un estado de derecho y en los que —excluyendo a los primeros y llenando a los segundos con aquellos— se finque de manera fundamental el mismo Derecho Penal. Con esos fundamentos, límites y guía se puede —en cierta medida— paliar los inconvenientes del poder punitivo y aprovechar las ideas de las diversas tesis preventivas como contrapuntos respecto de los que debe prevalecer la definición de una política criminal y un sistema dogmático que sean coherentes con los ideales de un estado democrático.

Toda vez que, el ¿qué, porqué y para qué se debe punir? : Son preguntas que se deben contestar a partir de los cimientos y los límites sustanciales que conformen un Derecho Penal acorde con el ideal de un estado de derecho. La respuesta correcta hay que buscarla entonces en los fundamentos democráticos de la política criminal que se debe adoptar por un Estado y las funciones reductoras de un Derecho Penal que se conciba sistemática pero racionalmente a partir de los ideales del estado de derecho para proponer la posible reducción de los afanes del poder punitivo que se expresa en el sistema penal. Al menos si se aspira a un Derecho Penal orientado hacia un estado de derecho. Misma política que es, precisamente, la que le corresponde favorecer al Estado Mexicano. Y ello por virtud de la propia carta fundamental del país, la cual atiende a aquél anhelo como ya se vio.

Una política criminal que respete la esencia del ser humano y a la vez cumpla con las aspiraciones de justicia, beneficio y paz social. Por ser personas a las que se dirige directamente la pena o al menos las penas que afectan a las personas de la manera más drástica (las de la privación o la limitación severa de la libertad de traslado.) Y porque son tan las personas como la sociedad las que se perturban con conductas que atenten lesivamente y de manera significativa contra los bienes jurídicos y las que a la vez se deben beneficiar en lo posible con esas medidas de control. La medida de éstas es que no se desajusten con los propios fines preventivos positivos por faltar en el caso concreto la necesidad social de la pena y, sobretudo, que se armonicen con las garantías individuales y con los derechos humanos que ellas mismas deben respetar y promover. Esto es, para que de ser necesaria la pena de prisión, ésta se ajuste a la culpabilidad personal y en lo indispensable según la necesidad social de la pena. O de ser posible, se evite aquella a través de otras medidas que sean suficientes para lograr la paz social; de lo que se deriva, por ende, que se debe encaminar la exclusión de la responsabilidad penal cuando la culpabilidad sea ínfima o falte la necesidad de prevención; así como establecer vías y medidas alternas a la prisión en cualquier caso que así sea posible procurar la paz social y promover la incorporación social responsable de la persona en la comunidad.

Ello es de tal manera porque si el Derecho Penal se enmarca en las garantías individuales que señala la Constitución, por ende, el mismo poder punitivo está limitado y debe encausarse por esas garantías. Las cuales, a la vez, se deben interrelacionar con la aspiración a un estado de derecho o democrático hacia el cual se orienta nuestra Constitución Política con base en sus artículos 3º, 25, 39 y 40. De aquí que a esas garantías no se les pueda trastocar en simples razones para punir. Pues las mismas se conciben en favor de las

personas y las cuales se pueden ampliar en la medida que resulten benéficas para los individuos y al menos no perjudiquen a la sociedad. Pero más aún, cuando también ello redunde en beneficio social. La tensión entre las diversas funciones preventivas de la pena —que en sí son irracionales— solo puede armonizarse si los fines que se le asignan al Derecho Penal en cada etapa funcionan dialécticamente frente a las pretensiones de un poder punitivo que siempre tiende a expandirse y sujeta la función de un sistema penal a que se organice de manera coherente con un Derecho Penal democrático que reduzca las manifestaciones irracionales más intolerables de aquél sistema. Por lo tanto, el Derecho Penal en sí sólo es legítimo en cuanto cumpla la función de ajustar el poder punitivo a los límites jurídicos, filosóficos y racionales que se derivan de un estado de derecho.

Para de ahí responder que el poder de punir se concede por el pueblo al Estado para que lo ejerza con respeto de las personas y en beneficio de su desarrollo en la sociedad de la cual aquellas forman parte. Un poder cuyo ejercicio preventivo general promueva el respeto al Derecho a través de penar sólo ciertas conductas que atenten de manera grave y lesiva contra los bienes jurídicos de las personas y a la par honre a los derechos humanos. Un poder en el que la expresión sustantiva penal trace sus límites en la esencia misma del ser humano, como «sujeto» y no como «objeto» del Derecho Penal. En el cual los conceptos de «conducta», «tipicidad», «antijuridicidad», «culpabilidad» y «responsabilidad» tomen en cuenta los principios que miran al respeto del ser humano como persona y a los derechos que le son inherentes. Y en el cual la «responsabilidad» individual se sustente, además, en la estricta necesidad social de la pena en el caso concreto y en el fin de una socialización digna y comprometida. Y el cual busque alternativas racionales que incluso resuelvan o modifiquen el conflicto antes que se defina el mismo poder punitivo o lo que es aún mejor, antes que las agencias criminalizantes secundarias se manifiesten en toda su plenitud a través de procesos penales innecesarios, si es que con aquellas vías alternas se puede llegar a una expresión mínima y racional del poder punitivo en cuanto se orienten a la compensación posible de la víctima y la convivencia social responsable para lograr la paz jurídica. Así tales categorías y fines funcionan como lindes a la potestad de punir y no como detonantes para aplicar la pena en cualquier caso y en cualquier intensidad que se llegue a apoyar en los procedimientos de la democracia formal. Un poder penal que interprete la ley penal de manera acorde con la Constitución. Y que se aplique con criterios garantistas, de seguridad jurídica y con imparcialidad, con base en conductas humanas y hechos verificables que lesionen de la forma más grave bienes jurídicos. En el que se delimiten legislativamente de manera clara los ámbitos de prohibición en los que se realice la conducta y que tome en cuenta la posibilidad de conocer y valorar esas prohibiciones por quien lleva al cabo aquella conducta. Un poder penal del que antes, para y durante su ejecución se correspondía con el fin de promover la confianza en el Derecho y la estabilidad social, pero al que a su vez se limita por la libertad, la tipicidad, el injusto y culpabilidad del autor y por la medida de esa culpabilidad; e incluso donde ésta se subordina a la paz social, a la racionalidad posible y la necesidad de la pena y a la garantía de readaptación social; y, por tanto, de resocialización responsable en libertad. Con base en esas premisas y con esos límites debe pues trazarse una política criminal reductora de la potestad estatal de punir que a la vez se vincule con la conformación de un Derecho Penal reductor, tan para la sujeción de «qué» se debe punir como «delito» y «cómo» se le debe estimar a éste en la ley, como para explicar el «porqué» de las penas, de su

imposición, de su ejecución y las alternativas racionales a los medios y medidas tradicionales que puedan promover la socialización responsable.

De acuerdo con todo lo dicho, sí es pues concebible que a los fines de prevención que se asignan al poder punitivo se les enfrente un Derecho Penal reductor que los reformule en una racionalidad reductora del mismo poder punitivo que se ajuste a la visión constitucional del estado de derecho. El de prevención general —en cuanto a las conminaciones penales— en tanto éstas se han de formular sólo si se intenta proteger la grave lesión de bienes jurídicos que se dé a través de ciertas conductas que se realicen en ámbitos de prohibición determinados y nada más conforme a la culpabilidad y responsabilidad individual según el ámbito en el que se manifestó esa culpabilidad. Principios que actúen como criterios limitadores del poder punitivo en el análisis de las diferentes categorías o elementos del delito y, por tanto, sin dejar a la prevención general a merced de los puros afanes de evitar delitos o de lograr sin más restablecer la confianza en el Derecho y la fidelidad al Derecho. Ni tampoco se deje a la culpabilidad y a la prevención como sustentadoras —y no acotadoras— de la pena. Porque en el último caso, la una y la otra —culpabilidad y responsabilidad— deben operar a la inversa, es decir, limitando, disminuyendo, modificando o excluyendo la pena. La cual no puede rebasar la gravedad de la culpabilidad. Y menos la pena se podrá imponer cuando falten motivos bastantes para afirmar esa culpabilidad.

Mas también la pena será intolerable cuando por la mínima significación de la culpabilidad en el caso concreto o la escasa gravedad de la misma pena, ésta haya de producir efectos sociales racionalmente inadmisibles en el marco jurídico-constitucional de su necesidad social o en el de la readaptación social que pueda lograr la paz jurídica.¹⁰⁰ Y el de prevención especial subordinada al fin mismo de la incorporación o reincorporación social responsable. El cual a su vez ha de retroactuar sobre la prevención general, para desplazarla con base en los fundamentos y límites del mismo sistema penal. Esto es, cuando sean preferibles o suficientes medidas alternas a la prisión para mantener la paz y lograr la socialización responsable de la persona en libertad.¹⁰¹ De aquí que esos baremos puedan operar a su vez como cercos racionales del poder punitivo que se pretenda sustentar en la mera retribución o prevención. Donde la culpabilidad misma sólo puede existir como tal, en cuanto su concepción se ajuste a ciertos lindes que manan de los derechos del ser humano como persona y sus deberes para con la sociedad en actos concretos. Donde la pena sólo debe imponerse hasta la medida de la culpabilidad y reducirse, sustituirse o modificarse de acuerdo con la responsabilidad y dignidad de la persona por un lado y por el otro, de acuerdo con su situación de vulnerabilidad con relación al hecho concreto que realizó o contribuyó a realizar. E incluso donde aquella en su manifestación más severa que es la prisión pueda evitarse o igualmente excluirse, sustituirse o modificarse en la medida racional de poder promover la paz social y a la vez la socialización libre y responsable del inculcado o sentenciado o al menos evitar en lo posible su desocialización. En esto podría estar de acuerdo el Dr. Robledo, cuando acota que (...) la prevención general positiva se concibe como integradora sólo de los principios penales limitadores del poder punitivo que evitan la

¹⁰⁰ Véase el núm. IV de este Capítulo y el Capítulo Cuarto.

¹⁰¹ Véase, además, el Capítulo Décimo Sexto.

desocialización de los ciudadanos.¹⁹² Y aún así, sin que se pueda desconocer que en la última fase del poder punitivo incluso los sustitutivos penales llevan ya en sí su ingrediente de castigo. Pues aunque no se le quiera llamar así por sus implicaciones deslegitimadoras de remediar un mal con otro mal y de sólo responsabilizar por los actos propios y no en virtud de los demás, aquellos sustitutivos siguen siendo emocionalmente afectivos en la medida que limitan la libertad ambulatoria o afectan otros derechos.

Sin embargo, es esencia propia del principio del ejercicio libre y responsable de nuestros derechos, el que toda persona en principio actúa con igualdad de derechos y deberes y de que es en correspondencia de esos deberes que las personas han de asumir las consecuencias de sus comportamientos en sociedad. Como también es esencia propia de tales consideraciones que en la realidad cada cual es diferente y cada cual puede estar en condiciones de vulnerabilidad en un caso concreto, que si son desatendidas a efecto de reducir los afanes punitivos al momento de penar simplemente se violaría la garantía de igualdad. Al igual que es verdad que siempre que las consecuencias de la culpabilidad desemboquen en los medios penales que actualmente operan dentro del sistema penal es algo no legitimable sino sólo para evitar la violencia. En tal sentido el Derecho Penal debe operar como reductor racional de la violencia con apoyo en los principios e ideales que manen de una C. que aspire al modelo de un estado de derecho. De aquí que —como ya antes se apuntó y se constatará en el capítulo siguiente—, la postura aquí expuesta también es válida si se atiende a que «antes» de que operen los medios tradicionales para hacer cumplir los fines del poder punitivo, para realizarlos es factible acudir a vías alternas, especialmente en aras de una prevención positiva que promueva la socialización responsable en atención al fin mismo que el artículo 18 C. asigna al sistema penal. Antes de ello no es ocioso destacar que la fundamentación del Derecho Penal ha de enfocarse, además, según las etapas en las que aquél se manifiesta.

B. La fundamentación democrática de un Derecho Penal reductor según las etapas del poder punitivo frente a la persona. En mi concepto, el poder punitivo se enfrenta al individuo en cuatro momentos:

1. Cuando amenaza con penas.
2. Cuando concibe jurídicamente lo que es delito respecto de una conducta concreta.
3. Cuando impone las penas.
4. Y cuando las ejecuta.

Estos cuatro ámbitos de actividad estatal conforman una gran parcela del sistema penal; mismo que en sí no se puede legitimar en sus manifestaciones de irracionalidad sino tan solo limitarlas con un Derecho Penal reductor que así explique cada una por aparte y vea la manera en que se interrelacionan. Y como cada una de esas etapas da origen a la siguiente, por ende, —según dice bien Roxin—: cada fase ha de acoger en sí a los principios de la precedente.¹⁹³ En realidad, cada una de las tesis tradicionales de la pena se proyecta de manera unilateral a determinados aspectos del Derecho Penal; pero pasa por alto a los restantes. La prevención general atiende al «fin» de las conminaciones penales. La retribución piensa en la «justicia por la culpabilidad» a través de la sentencia penal. La tesis preventiva especial mira a la «ejecución» de la pena. Y

¹⁹² Ídem., op. cit., p. 12.

¹⁹³ Claus Roxin, Problemas Básicos..., p.

todas pasan por alto a la concepción jurídica integral misma del delito. Así cada una de esas nociones observa a una, pero desestima a las demás formas de aparición de la potestad penal sin que a ella se le oponga un Derecho Penal racional y sistemáticamente reductor que haga aquellas tolerables. Porque cada una de ellas lleva ya consigo intrusiones específicas a la libertad de la persona en esa y las demás etapas y normalmente ellas contienen —o pueden contener— manifestaciones punitivas —en sus normas o en su interpretación— intolerablemente irracionales.

Lo fundamental queda fuera de la atención de la mayoría de las tesis de la pena: El percibir que todos los preceptos penales requieren de una legitimación suficiente que sea respetuosa de los límites y directrices que impone el ideal de un estado de derecho aparte de la simple voluntad del legislador. Pues está claro que tanto la creación legal de los delitos y las penas, la sentencia penal, o el sistema penitenciario mejor y más progresivo, carecen de sentido si a causa del poder punitivo se les someten personas sobre las que pesa injustamente una sentencia de condena como delinquentes a las que haya de privar de su libertad; o con una pena irrisoria o desmesurada a la entidad del daño y a su culpabilidad, o a los fines de una real necesidad social que respete los derechos humanos y las garantías que les protegen.

Así es que en cada una de las fases del poder punitivo estatal, en su orden de lógica prelación es preciso ensayar una fundamentación de los límites a la potestad de punir. Donde a ésta se le demarque y guíe por las normas de la C. y el espíritu de un estado de derecho y donde cada una de esas fases recoja los principios limitadores de las restantes en un proceso racional que cimiente los fines del *ius puniendi*. Porque iría contra la razón de ser del principio democrático en el Derecho si es que a éste en el ámbito penal se le entiende sólo como un medio cuyo fin inmediato es responder de manera enérgica —afectación de la libertad personal— a situaciones que ameriten esa forma de reacción ante lesiones significativas de los bienes jurídicos, pero que desatiende su objeto de regulación y a sus fines mediatos y últimos. Ese objeto de regulación son conductas humanas con un sentido de desvalor social relevante. Lo que impele a mirar a la personas como sujetos y no meramente como objetos del *ius puniendi* y ver las conductas típicas tan en su implicación ontológica como de significación de desvalor social que parten del ejercicio irresponsable de la libertad general de acción, las que se despliegan en un ámbito cerrado y cierto que corresponde delimitar al legislador en el tipo penal. Asimismo, obliga a mirar a los fines mediatos y últimos del poder punitivo en el marco constitucional del estado de derecho.

Todo ello en su conjunto se debe interrelacionar entre sí. De lo que se derivan las exigencias siguientes: **1)** Que se diseñe una estructura legal del delito acorde con los principios de lo que es una conducta humana —porque la conducta humana con contenido de valoración es a la vez el objeto que regula y valora el *ius puniendi*—. La cual se dé en un contexto fáctico socialmente relevante de lesión o claro peligro lesivo de igual indole a bienes jurídicos, que permita su objetivación, determinación y verificación como conducta prohibida a la cual le sea imputable tal lesión como obra de la persona. **2)** Que se instrumenten penas o medidas racionalmente justas y sujetas al imperio de la legalidad, de su estricta necesidad y que tiendan a promover la socialización responsable; pero, además, penas que sean dignas para el ser humano, sólo hasta la medida de su culpabilidad y de responsabilidad personal en la realización de la conducta y el hecho concretos. **3)** Que se den alternativas punitivas respetuosas de los derechos individuales y que impliquen a la vez medidas benéficas o al menos que no sean perjudiciales para la sociedad y que —en lo posible— ante y para-procesalmente tiendan a modificar o resolver el conflicto, en orden a promover la socialización responsable con paz social; y,

4) Que dichas penas y medidas sean, al mismo tiempo, racionales y no perjudiciales a la sociedad en su calidad y ejecución cuyo fin sea la socialización y, por lo tanto, sólo se apliquen en cuanto atiendan a esos fines y en la medida indispensable para lograr la paz. Es pues incorrecto separar las razones de punir —cuando éstas se ajusten o se desajusten a los valores e ideales de un estado de derecho— de la forma de cómo se entiende y estructura al delito. Sin atender al influjo de aquellas sobre ese cómo. Y sin ver los fines de un ius puniendi democrático. Y, asimismo, porque todo ello adquiere sentido en muchos casos sólo si se les relaciona con los fines democráticos contenedores de la pena. Pues sin esa visión no se alcanzan a comprender cabalmente los fundamentos, la estructura y los fines del Derecho Penal como un todo dentro de un estado de derecho. Se pasan por alto las razones que le dan sentido en su dimensión integral y ubicada en un contexto más amplio que es el de acotar racionalmente en un estado democrático al «sistema penal». Por ello, el estudio de la razón de la pena y de la estructura legal del delito no se debe aislar del que se plantea para limitar al sistema penal. La concepción del delito y la razón de sus penas, además de asentarse en la comprensión y análisis de sus límites formales, se han de respaldar entre sí con los fundamentos y fines del Derecho Penal que se concibe dentro de un estado de derecho.

Y en tal sentido, en orden lógico y cronológico esa tarea de interrelación es pues necesario empezaría con las «conminaciones» de pena. Esto es, señalar los límites a la política legislativa a seguir al diseñar en la ley al poder punitivo, desde la formulación de las conminaciones penales, hasta sus medidas y consecuencias en la esfera de un estado de derecho. Después ir a la «concepción jurídica» de lo que se considera como delito o presupuestos de la punibilidad conforme a las normas penales, aunque entazadas a las razones mismas de ius puniendi que se cimienta en la aspiración del estado de derecho que se deriva de la Constitución que permita acotarlas y entenderlas con esa visión. Con el mismo enfoque continuar luego con los fundamentos y directrices (límites) para la «aplicación» de la pena. Por último y en el mismo sentido, establecer las bases y pautas de la «ejecución» de la misma dentro de aquél ámbito. En cada una de esas etapas —como después se advertirá—, es importante tener presentes cuatro expresiones del principio de reserva del Derecho Penal:

Primera: El Derecho Penal sólo puede tolerar el mínimo indispensable de conminaciones penales para el desarrollo de los derechos personales y la vida en común y en paz de todas las personas, sin que se les ponga en peligro ni se dañe a sus bienes jurídicos esenciales, para que dentro de este marco se pueda promover la socialización responsable de quien los lesione a través de una conducta que tenga tal sentido.

Segunda: Las penas de prisión deben ser las estrictamente necesarias y la amenaza e intensidad de las penas en aquella medida sólo se justifica cuando a través de conductas específicas realizadas en un ámbito objetivo de prohibición determinado —imputable a la conducta de quien se amenace y se pretenda sancionar— se lesione a esos bienes jurídicos de la forma más grave y, además, se ofenda al Derecho como un todo. Y otros medios menos rigurosos —incluso dentro del mismo sistema penal— sean insuficientes para promover la socialización responsable y la paz jurídico-social.

Tercera: La lesión al Derecho se debe realizar con culpabilidad; y, por lo tanto, la pena se debe modular en el caso concreto sólo hasta la medida de aquélla y de la responsabilidad individual en el hecho cometido, y como suficiente para promover en lo posible la socialización o al menos la no-desocialización y lograr la concordia social.

Cuarta: Las penas y cualquier medida penal deben arreglarse a los fines de un sistema penal en un estado de derecho. Por ello, han tener un fin de justicia que se limite por la culpabilidad: más el cual a la vez la necesidad de prevención general indispensable se subordine al marco de la responsabilidad individual, al igual que por el fin preventivo especial de socialización digna. Concebidas la una y el otro como límites racionales dialécticos al poder punitivo en un Estado orientado democráticamente y de ningún modo como razones para punir.

En el sentido apuntado, empiezo con las conminaciones penales

CAPÍTULO TERCERO

LOS LÍMITES SUSTANCIALES PARA CONMINAR PENALMENTE

— I —

La grave lesividad a bienes jurídicos

Parto de las ideas de Roxin¹⁰⁴ —y de muchos otros pensadores— para afirmar que sólo podrá ser pertinente que se considere la posibilidad de punir cuando sea ineludible que se prevenga de esa forma el grave daño o el peligro a los bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de las personas en sociedad; y sólo bajo esas bases lograr justicia en el marco de una existencia social pacífica cuyo fin sea el de promover la socialización responsable con respeto a la dignidad humana. De ello se sigue como primera consecuencia que se debe abandonar la pretensión de una conminación penal —afectación de la libertad personal a través de tipificar penalmente conductas que se prohíban— cuando falte su necesidad por la ausencia de lesividad significativa de algún bien jurídico esencial para el desarrollo personal en sociedad; o bien cuando aquellos menoscabos se pueden atender con medidas menos severas que las tradicionales del poder penal.

En el mismo sentido, sería arbitrario pensar que la conminación penal funcione si no se circunscriben legal y taxativamente los hechos específicos que constituyan la materia penal que se prohíba. —Principio de legalidad penal—. Como igual de indebido sería pretender hacer efectiva la consecuencia de la conminación penal, cuando la persona no la conozca ni la pueda fácilmente conocer o no le sea imputable el hecho como obra suya. Lo cual no es más que prohibir el *versare in re illicita* como exigencia que se deriva de los principios del sentido natural de las cosas, de los principios de la conducta humana y la culpabilidad. O cuando las circunstancias del caso le impidan racionalmente a la persona ajustarse a la norma. Lo cual es una implicación de tal principio de culpabilidad, de que nadie es responsable más que de sus propios actos. Por lo tanto, no se puede responsabilizar por el azar. Y de que, además, el juicio de reproche se ajuste a la garantía de igualdad. Lo cual apareja reconocer las desigualdades. O rechazar la sanción cuando aquellas circunstancias no ameriten —social y racionalmente— la imposición de pena, es decir, si en el caso concreto falta la necesidad social de la pena. (Prevención general y especial positivas.) Al igual que es propio de la razón advertir que en cada caso pueda ser distinto ese margen de elegir conforme al conocimiento y la posibilidad de actuar conforme a Derecho. Lo cual no es más que la derivación de los principios de culpabilidad y de igualdad que prohíben tan la creación de tipos penales discriminatorios —que sancionen los modos de ser o por ciertas condiciones sociales— como igual rechazan la indiscriminación judicial punitiva a sujetos desigualmente responsables y del mismo modo se oponen a la segregación con base en juicios apriorísticos o que sancionen más por la “conducción de la vida” que por el margen que se tuvo para elegir conforme a Derecho cuando se realizó la acción misma que fue materia del proceso y sea objeto del juicio de reproche. Por ello, además de la necesidad de protección contra lesiones graves a ciertos bienes jurídicos, la especificación legal de las conductas y la delimitación de los hechos prohibidos y la culpabilidad humana en el marco de la responsabilidad penal por la acción, se erigen en los límites y no sólo en los fundamentos para punir.

¹⁰⁴ Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, p. 35.

De aquí que quepa recordar que todo poder estatal procede del pueblo. Por ello, su función no se puede ver en la realización de fines trascendentes de cualesquier tipo. Y si cada individuo participa en el poder estatal con igualdad de derechos, tampoco puede estribar en corregir moralmente y en forma autoritaria a personas adultas, a las que, sin embargo, se les conciba como inmaduros éticamente. Ello atentaría contra la garantía de la dignidad humana y del derecho general de libertad de acción. La función punitiva se limita más bien a crear y asegurar a un grupo humano que se reúne en el Estado las condiciones de una existencia que satisfaga las necesidades vitales que surgen de sus derechos humanos, bajo sustentos éticos mínimos y de contenido humanista. En tal sentido el Derecho Penal que corresponde apoyar a un Estado democrático es aquel que descansa en el consenso de sus ciudadanos, para proteger sus bienes jurídicos esenciales de conductas que los lesionen severamente realizadas con culpabilidad y responsabilidad. Por lo que —en palabras de Mir Puig— (...) la prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de valores de la sociedad. La fuerza de convicción de un Derecho penal democrático se basa en el hecho de que sólo se usa de la intimidación de la pena en la medida en que con ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías.¹⁸⁵ Para el Derecho Penal ello significa que su fin sólo se puede derivar del Estado, pero concebido éste como comunidad de los bienes jurídicos esenciales de las personas para su convivencia y para el beneficio y la paz social. Por lo tanto, sólo puede consistir en garantizar la vida en común de todas las personas, cuando de manera grave y culpable se lesione sus bienes jurídicos esenciales en lo individual o de los medios colectivos que se instrumentan para su realización. Así como procurar vías y medidas alternativas a las tradicionales que impliquen prisión, si aquellas son suficientes para lograr la paz y promover la socialización responsable. Ya señalé antes el concepto de bien jurídico de Muñoz Conde y García Arán. Mismo que se corresponde con esas concepciones. (...) *bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social* —dicen los ameritados juristas—. ¹⁸⁶ Y es que en cada situación histórica y social de un grupo humano, los presupuestos ineludibles para una existencia digna y en común se concretan en una serie de condiciones valiosas. De las que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad o la propiedad, todo el mundo les tiene presentes. Condiciones que se fundan en el ejercicio libre y responsable de los derechos humanos en sociedad que garantiza nuestra C. En pocas palabras: los llamados bienes jurídicos esenciales al ser humano.

El Derecho Penal tiene que proteger esos bienes jurídicos. Limitando al poder punitivo para que sólo se puna cuando de manera culpable se les dañe o se ponga en peligro a esos bienes a través de las formas más graves que la ley prohíba y donde las conductas se especifiquen de manera clara y cerrada y sólo en la medida en que otros medios menos severos sean insuficientes. Por otra parte, en el Estado moderno, junto a esa protección de bienes jurídicos previamente dados, aparece también la necesidad de asegurar, si es necesario con los medios del poder penal el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que dependen el

¹⁸⁵ Santiago Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1994, p. 38.

¹⁸⁶ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p. 65.

individuo y su desarrollo en la comunidad; esto es, proteger de lesiones graves a los bienes jurídicos que se derivan de los derechos colectivos y a los mismos recursos estatales para hacerlos posibles; y los que, como tales, se dirigen a aquellos fines. Mismos que se relacionan con los ahora llamados derechos sociales: vivienda, salud, medio ambiente sano, administración honesta de los recursos y servicios públicos, derecho a la información, etc. Mediante esa doble función, el Derecho Penal realiza una de las más importantes de las numerosas tareas del Estado. Ya que sólo la protección de los bienes jurídicos esenciales para las personas para su vida plena en sociedad y la garantía de las prestaciones públicas necesarias para esa existencia permiten al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad dentro de la convivencia social. Los que nuestra Constitución considera como presupuestos de una existencia humana digna.

De aquí se desprenden algunas de las consecuencias importantes que anotamos con relación al *jus puniendi* frente a la potestad penal: La necesidad de tratar en vía penal ciertas lesiones a bienes jurídicos esenciales al desarrollo del ser humano en la comunidad. Y la naturaleza fragmentaria, de reserva o de intervención mínima del poder punitivo. Por lo tanto, las ideas apuntan a la penalización y a la despenalización de algunas conductas y hechos. Examinemos esas consecuencias.

— II —

El principio de intervención mínima

El poder punitivo tiene —o debería tener— una intervención mínima que al Derecho Penal le corresponde delimitar. Esto es, sólo se deben punir los ataques de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la asistencia social, cuando se den de la forma más grave; y sólo si ello es ineludible para los fundamentos esenciales del desarrollo de las personas en una vida comunitaria ordenada y pacífica.

Pues el poder punitivo tradicional se debe retraer donde para aquello basten los medios del Derecho Civil o del Derecho Público. O bien aquél pueda emplear medios menos enérgicos a la enraizada prisión ya sea ésta como pena y, más aún, como medida de naturaleza cautelar que priva de la libertad durante los procedimientos previos a la pena. El principio de intervención mínima establece que: (...) al derecho penal no se le debe utilizar de manera arbitraria, sino que el Estado sólo debe echar mano de él como recurso de última ratio: enseña el Doctor Moisés Moreno.¹⁰⁷ Así (...) para el logro de sus objetivos —continúa el distinguido penalista, discípulo de Welzel y de Kauffmann—: el Derecho Penal debe previamente acudir a otros medios jurídicos cuyas consecuencias sean menos drásticas. Y sólo cuando éstos resulten insuficientes e ineficaces, es que se debe atender a las medidas más severas del Derecho Penal. Y nada más si es que existe la convicción de que ese será un mejor recurso.¹⁰⁸ En efecto, para la persona afectada, cada pena y cada proceso penal con medidas cautelares de índole personal le significan un menoscabo en sus bienes jurídicos. Tienen consecuencias que, en cualquier evento, restringen fuertemente la libertad personal y trascienden a la personalidad. Y quiérase o no, en muchos casos afectan también severamente a su familia y a muchas otras personas. Por ello, por ser el poder penal la reacción más enérgica de la comunidad contra sus propios

¹⁰⁷ De ahí —señala el distinguido penalista— “que se diga que el derecho penal tenga un carácter fragmentario o subsidiario”. Dicho autor, en su obra *Política Criminal y Reforma Penal*, cita al respecto, además de a Claus Roxin, a G. Rodríguez Mourullo, *Derecho penal, Parte general*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1976, pp. 18 y ss.; y a C. Ponte Petit, “Reformas Penales de 1984, Parte Especial”, en *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, Procuraduría General de la República, 1984, p. 245.

¹⁰⁸ Rafael Moreno Hernández, *Política Criminal y...* op. cit., p. 123.

integrantes, sólo se puede recurrir a ella en último extremo. A aquella le faltará de antemano la legitimación de su necesidad social si se la utiliza sin que se lesione de manera grave a bienes jurídicos esenciales o cuando aún lesionándolos, el menoscabo no sea significativo, o bien basten otros procedimientos menos severos para hacer justicia, preservar la paz y promover la fidelidad al Derecho. La paz jurídica se vería perturbada por un ejército de personas con antecedentes penales o sujetas a prisión. Y ello en mayor medida de lo que aquella se pueda fomentar con la conminación penal. Vistas así las cosas, el bien jurídico recibe una doble protección: del Derecho Penal y antes del Derecho Penal. Pues si el poder penal se emplea de manera excesiva provoca precisamente las situaciones que quiere evitar. En estas ideas de intervención mínima —y a las que también se les conoce como de reserva— ya se comprende en realidad todo un programa de política criminal. Baste con algunas sugerencias, las que tomo en parte de Roxin y que esbozo de manera rápida:

A. El principio de reserva y las conductas inmorales. Como ya antes se adelantó:

El legislador carece de una facultad sustancialmente legítima para castigar sólo por su inmoralidad conductas no lesivas de bienes jurídicos. O porque las considere antisociales sin que de manera significativa dañen o pongan en peligro bienes jurídicos.

El Derecho Penal debe tener un sustento ético (apoyarse en valores); pero de ningún modo debe conformarse para corregir sólo por ese motivo. Tampoco hay facultad de castigar sólo para ejemplo de otros. Sino que la función preventiva general se condiciona y limita de acuerdo a la entidad jurídico-lesiva de la conducta culpable y el fin de readaptación social que el artículo 18 C. asigna al sistema penal. En el primer aspecto el Derecho Penal Mexicano sale bien librado. En esa ruta se debe continuar. El ejemplo típico en otros países es el de punir actos homosexuales que realicen personas adultas de común acuerdo y sin publicidad, no obstante que no dañen ni pongan en peligro a nadie ni, por tanto, lesionen bien jurídico alguno. Y cuando una acción no afecta el ámbito de libertad ni de seguridad de nadie, ni tampoco puede escandalizar directamente a los sentimientos de algún espectador porque se la mantiene oculta en la esfera privada, el castigo entonces ya no tiene fin alguno de protección. Por ello, impedir lo meramente inmoral no entra dentro de la misión del Derecho Penal. Es decir, el enjuiciamiento jurídico penal no depende en absoluto de la cuestión —que la mayoría de las veces se pone en primer plano— de si una conducta es más o menos reprobable moralmente. El Estado tiene que salvaguardar el orden externo. Pero no tiene legitimación de ningún tipo para tutelar la moral de los individuos. En el respeto de la moral intrínseca de cada quién estriba la obligación del Estado de protegerla. Absteniéndose de establecer cánones sobre los que ningún derecho le asiste. Bajo riesgo —en caso contrario— de tender al autoritarismo y dificultar la aspiración a un estado de derecho con sustento democrático. (Derechos de libertad, de igualdad, de dignidad, de libertad de expresión, de creencias, entre otros.) (Artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 12, 13 C.) Bien dice Roxin que (...) dejemos aquella tarea a la religión, que cuida de la salvación de almas y de la buena conducta moral de quienes la profesen. Pero ésta es una situación distinta por completo. Porque aquella no hace venir su autoridad del hombre.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, op. cit., p. 29.

Empero —aunque pueda sonar como provocación— no debo dejar de mencionar que parecería lindar con la mera reprobación moral la punición del incesto cuando se realiza en privado, entre personas adultas, sin violencia, con la libre, consciente y plena voluntad de los partícipes. Pues es difícil sostener que en esos casos haya daño o que peligre de manera real un bien jurídico. A menos que tal bien sea el del sano desarrollo de las personas en familia. Y ninguna duda cabe que conductas de aquella naturaleza merecen la reprobación general. ¿Pero es eso suficiente para punir? ¿Y cuál sería la pena adecuada en esos casos? ¿Y qué tal si en un caso la familia no existe como tal, más allá de los partícipes? Esa conducta se tipifica como delito en los artículos 272 del CPF, 181 del CPDF y 326 del CPC. Resta por ver si esa misma política se ha seguido con relación a modos de ser antisociales y a conductas de igual clase que no lesionen bienes jurídicos.

B. El principio de intervención mínima o de reserva según la necesidad social de la pena y su rendimiento. La infracción a reglamentos de policía y a leyes administrativas.

Se ha referido Mir recientemente, con notable éxito, a la imperiosa obligación de distinguir entre bien jurídico y bien jurídico penal. (...) La doctrina —dice Mir— no ha contemplado normalmente este último concepto, sino que se ha limitado a referirse al de bien jurídico, sin más.²⁰⁰ Por ello, advierte que: (...) no basta con que un bien posea suficiente importancia social (y relevancia constitucional) para reclamar su protección penal; es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos, pues si basta con la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien a rango de bien jurídico penal.²⁰¹ Este carácter mínimo o subsidiario de la intervención penal nos sitúa, desde un ángulo complementario, en el clásico postulado de la fragmentariedad del poder punitivo, que exige justamente que los bienes merecedores de protección penal se tutelen —por regla general— de manera subsidiaria. Es decir, únicamente contra las modalidades de agresión más graves y relevantes, rechazando una tutela penal abrumadora o totalitaria y, por ello, también, uniforme e indiferenciada. En definitiva, como dice Palazzo: (...) el principio de fragmentariedad impone que el derecho penal siga siendo un archipiélago de pequeños islotes en medio del gran océano de lo penalmente indiferente (aun siendo jurídicamente relevante).²⁰²

Así, de acuerdo con el principio de intervención mínima, tampoco pertenecen al Derecho Penal las infracciones contra meros preceptos de policía.

Bien se trate de prohibiciones de aparcamiento. Bien de horario de cierre de comercio u otras similares. Para estos casos basta con sanciones administrativas; las que muy bien pueden ser multas o, en su defecto, arrestos sujetos a los límites del artículo 21 C. A menos que se trate de violaciones que por la clase de comercio o por la actividad que se realiza, conlleven el riesgo de posteriores pero muy probables lesiones a la vida, a la salud o al patrimonio; o al de la irreparabilidad del daño. Como sucede con el expendio de bebidas alcohólicas a menores de edad; o con la omisión por el titular del seguro obligatorio cuando se trata del servicio público de transporte de personas, que pone en riesgo la reparabilidad del daño cuando con motivo de su

²⁰⁰ Santiago Mir Puig, *El Derecho Penal en el estado social y democrático...*, op. cit., p. 159 y ss.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Giuseppe Palazzo, "Principi costituzionale, bene giuridici e scelte di criminalizzazione", en *Studi in memoria di Pietro Nurvolone*, Vol. I, Milán, 1995, p. 159 y ss.

prestación se originan delitos culposos. Tal como así se razonó en el nuevo Código Penal de Coahuila para motivar medidas punitivas suaves y alternas a la prisión para esa clase de infracciones.²⁰³

Así mismo, no se deberían penar simples perturbaciones del orden público; ni las meras desobediencias.

Es decir, como si fueran perturbaciones graves, sin serlo; o cuando la indisciplina no involucre la grave afectación de un bien jurídico previamente reconocido. El enmendarlas es tarea de la policía y del derecho administrativo. Y también habría que poner reparos a cualquier método legislativo por el que se provea a las leyes no penales de un cinturón protector jurídico-penal, en el que se decretara sencillamente al final de las mismas: que "se castigará penalmente a quien infrinja las disposiciones precedentes". Ello sería del todo recusable. Además de inconstitucional a la luz de la garantía de legalidad estricta del artículo 14 C.

Igualmente, el principio de intervención mínima del Derecho Penal impone revisar con seriedad la necesidad, la eficacia y el ajuste constitucional de los delitos que se prevén fuera del Código Penal.

Ese abuso fue patente hasta 1983; año en el que se inició un proceso —que luego de 1994 se suspendió— de despenalización de conductas en múltiples leyes especiales administrativas del orden federal. Ya en 1984 Manuel Rivera Silva criticó aquella forma de proceder en el Código Fiscal de la Federación, al señalar: (...) debe censurarse la ausencia de criterio jurídico del legislador por dar hospedaje a delitos fuera del Código Penal, siendo en este ordenamiento donde debería tener acomodo y así en lo alusivo a la materia que comentamos, mejor sería desde los puntos de vista técnico y práctico destinar un título propio en el Código Penal a los "Delitos contra el Fisco" y no registrarlos en un capítulo casi perdido dentro de un título del Código Fiscal de la Federación y en el cual se alternan normas de carácter sustantivo con otras de calidad adjetiva.²⁰⁴ Pero no menos certeras son las observaciones de Miguel Ángel García Domínguez y Raúl González-Salas Campos. El primero apuntó en 1987 que fuera del CPF existían 46 leyes federales que prevelan tipos penales, los que en su conjunto sumaban 350. Y observó lo siguiente: (...) Resulta que 10 leyes especiales no se han aplicado en lo absoluto. 18 leyes se aplican rara vez. 13 se aplican ocasionalmente. Y solamente cinco son las que suelen aplicarse con alguna frecuencia. Los delitos consignados en esas 46 leyes federales rebasan en número al doble de los contenidos en el Código Penal.²⁰⁵ García Domínguez —según González-Salas Campos— también consideró: que [e]sos delitos podían proliferar de un modo tan irracional y llegar a adquirir una extensión, una complejidad y una dispersión tan grandes, precisamente por encontrarse diseminados dentro de una enorme variedad de ordenamientos, que se colocan en una situación que pugna contra la seguridad y la justicia.²⁰⁶ Por su parte, González-Salas Campos apunta: (...) el gran caudal de los delitos especiales hace de las normas penales que no sean funcionales. Y antes de ello precisa que: (...) debe evitarse criminalizar en las mismas leyes la misma conducta antijurídica. En ese sentido es importante analizar hasta dónde es conveniente que las mismas conductas previstas en el Código Penal Federal se repitan en el

²⁰³ La fracción IV del artículo 182 del CPC sanciona con penalidad alternativa y con la posibilidad de que esto se considere "alta pena": Al propietario de un vehículo automotor por el que se dé servicio público de transporte de personas o cosas; aún cuando aquél se preste o se debiere prestar por concesión, autorización o permiso equivalente; que omite tener seguro vigente que cubra daños a la vida, salud y patrimonio de ocupantes y terceros; siempre y cuando el vehículo participe en un accidente, con o sin culpa del conductor. Si el propietario resulta ser persona moral, incurrirá en este delito quienes tengan su representación legal, o se ostenten como tales si la persona moral es de hecho.

²⁰⁴ Manuel Rivera Silva, *Derecho Penal Fiscal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, p. 107.

²⁰⁵ Miguel Ángel García Domínguez, *Los delitos especiales federales*, Editorial Trillas, México, 1987, pp.13 y ss.

²⁰⁶ *Ibid.*, op. cit. pp.15 y ss.; citado por Raúl González-Campos Salas, *La teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*, Paredizeto Editores, S.A. de C.V., México, 1995, p. 82

Código Fiscal de la Federación, pues esto puede suponer una violación al principio de utilidad de las normas penales, ya que puede impedir que el ciudadano conozca y comprenda ese universo inextricable de normas que han proliferado de modo tan irracional...".²⁹⁷

Más la salvedad del Derecho Penal respecto a infracciones que son del orden administrativo conduce a su vez a plantear cuatro preguntas. Por un lado, **1)** ¿si es o no es acertado hablar de "subsidiariedad" del Derecho Penal con relación a las demás materias del orden jurídico? Por el otro: **2)** ¿En qué medida es conveniente trasladar del Derecho Penal al Derecho Administrativo lesiones poco significativas a bienes jurídicos esenciales? **3)** ¿En qué medida es deseable un Derecho Administrativo Sancionador? Y, por último: **4)** ¿Qué sucede cuando la misma conducta se sanciona penal y administrativamente?

C. La "subsidiariedad" del Derecho Penal con relación a otras materias del Derecho y el poder sancionatorio de éstas. La expresión "subsidiariedad" del Derecho Penal se emplea como sinónimo del principio de intervención mínima. Esto es, como una de sus manifestaciones. Empero, el entendimiento de esa expresión puede ser diverso. A veces con ella simplemente se quiere decir que el Derecho Penal no puede sino sancionar bienes jurídicos reconocidos en otras leyes. Afirmación que —por un lado— parte de una distinción ficticia. Y —por el otro— se sustenta en un aserto incompleto. Me explico. El que se hable de "subsidiariedad" del Derecho Penal con relación a las demás materias del orden jurídico —según Muñoz Conde y García Arán lo señalan— tiene su origen en la *teoría de las normas* que formuló a principios del siglo XX el jurista alemán Binding. Los autores españoles observan: (...) El punto de partida de este autor es su distinción entre norma y ley penal; el delincuente infringe con su conducta la norma pero cumple la ley penal que no tiene más que una función sancionatoria de las acciones prohibidas por las normas.²⁹⁸ La distinción peca de artificial —aducen los autores ibéricos—: (...) Por imperativo del principio de legalidad o de intervención legalizada del poder punitivo del Estado, las normas de conducta sólo adquieren relevancia en Derecho penal en la medida en que se plasman en la ley penal vigente. El que existan normas de conducta sociales previas a las propias leyes penales no implica que éstas sean subsidiarias de aquellas, sino simplemente demuestra el sustrato social que las normas penales tienen.²⁹⁹

Y ciertamente, desde el momento en que el legislador incorpora aquellas normas de conducta en una ley penal vigente, las convierte en normas penales. Esto es, en parte integrante de sus propias normas. Sin que pueda ser de otro modo, dado que conforme al artículo 14 C. las normas penales sólo pueden tener como fuente la misma ley penal. Además, la conminación penal no depende siempre de que se reconozca a ciertos bienes en leyes previas —de aquí se supone su carácter subsidiario—, puesto que ese reconocimiento también se puede derivar directamente de la carta fundamental. En efecto, sin que la protección de un bien jurídico se previese antes en una ley, la misma Constitución consigna que se puna la lesión a ciertos bienes jurídicos. Como sucede cuando la C. dispone que la ley penal sancione: Todo abuso de la retención por flagrancia (párrafo octavo del artículo 16 C.) Cualquier acto que atente contra la inviolabilidad y privacidad de las comunicaciones

²⁹⁷ Raúl González-Campos Salas, *La teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*, Porrúa Editores, S.A. de C.V., México, 1995, pp. 82 y 83.

²⁹⁸ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p. 80.

²⁹⁹ *Ibidem.*, p. 80.

privadas (párrafo décimo del artículo 16 C.) La violación de la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas (párrafo decimotercero del artículo 16 C.) Y cuando la autoridad responsable insista en la repetición del acto reclamado o trate de eludir la sentencia de la autoridad federal en materia de amparo (fracción XVI del artículo 107 C.) Por otra parte, es cierto que el Derecho Penal recoge la antijuridicidad de ciertas conductas que no sólo señala la C.; sino que ella se desprende de las demás leyes. En esencia, del Derecho como un todo. Mas también es verdad que de la ley penal en sí misma no se desprende en muchos eventos —al menos a primera impresión— de si y hasta qué punto el comportamiento es antijurídico. Y por igual es sefiero que en incontables casos de duda la antijuridicidad concreta tendrá que averiguarse en función de las demás materias del Derecho. Y, en tal sentido, que es a través de otras materias del Derecho donde se confirmará su lesión y ofensa.

Mas así como ese carácter relativamente «subsidiario» del Derecho Penal de ninguna manera se debe confundir con el de un papel «secundario» del Derecho Penal, tampoco se debe perder de vista lo que es fundamental para el principio de intervención mínima: El que el Derecho Penal se debe ocupar del daño o puesta en peligro (lesivos) de bienes previamente reconocidos por el Derecho sólo cuando sea especialmente grave la forma de ataque a esos bienes. En el primer aspecto, por «secundario» se entiende algo carente de importancia, irrelevante —y como bien dice Gimbernat Ordeig—: [e]l Derecho Penal es todo, menos eso. Más si con ello se quiere destacar el carácter de «última instancia» del jus puniendi, entonces la expresión de «secundario» es por lo menos desafortunada.²⁰⁰ El maestro ibérico acota: (...) Si a un enfermo se le puede curar fácilmente con medicinas, ningún médico le ordenará seis meses de reposo absoluto para alcanzar el objetivo de devolverle la salud. Y si a otro enfermo le bastan seis meses de reposo para recuperarse, ningún cirujano le someterá a una grave operación quirúrgica para lograr la misma recuperación. No obstante, a nadie se le ocurriría decir, por ello, que la cirugía, comparada con otros medios terapéuticos, tiene carácter «secundario» (¡qué expresión más adecuada para originar equívocos!); más exacto sería decir —y con ello se evitan también los equívocos— que tiene un carácter de «última instancia».²¹¹

No se trata entonces de que sólo se puedan punir los ataques a bienes jurídicos previamente reconocidos. Lo cual es condición indispensable para punir. Sino de que el poder punitivo sólo debería atender a las ofensas más graves a esos bienes jurídicos. Y, por lo tanto, dejar a otras áreas del Derecho la tarea de sancionar los embates menos severos. Ello depende tan de la naturaleza misma del bien jurídico, como del ámbito dentro del cual se da la infracción y de la clase o circunstancias mismas —objetivas o subjetivas— del ataque. Debe haber pues una selección rigorista de bienes jurídicos a proteger penalmente según la forma y gravedad del ataque y una progresiva reducción de las penas más afflictivas —sobre todo de la pena de prisión— bajo el doble lema «menos delitos» (el sistema penal provoca problemas mayores de los que pretende resolver) y «menos cárcel» (la pena es violencia institucional.) Gimbernat Ordeig, cita a Mayer: (...) Es de importancia para decidir sobre la tipificación de un comportamiento el factor de la «necesidad de protección» del bien en cuestión, esta necesidad se mide sobre la base de la «atacabilidad» del bien: «cosas muy muebles, como las

²⁰⁰ Enrique Gimbernat Ordeig, *concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, España, 1998, p. 25.

²¹¹ *Ibidem*.

bicicletas y automóviles, están más expuestas a ataques que cosas menos muebles, y éstas, a su vez, más que los inmuebles». Por último, añade Mayer (...) el legislador debe examinar la capacidad de protección; no todo deber puede, no todo deber debe ser impuesto coactivamente. Aunque se piense que es mucho el merecimiento de protección y la necesidad de protección, de por ejemplo, la moral sexual, el hecho es que su capacidad de protección sale muy mal parada. Si la legislación se niega a reconocer su incapacidad, el orden jurídico se expone a derrotas, se presenta como un general inepto frente a tareas para las que no están preparadas sus tropas.²¹²

Ahora bien, con base en esos argumentos, se asume que el Derecho Penal se debe retraer y que la lesión sólo amerite sanción administrativa cuando con ésta baste para lograr las condiciones básicas de convivencia social. Ello sin duda es admisible pero sólo si a ese postulado se le condiciona a su vez a que el retiro penal no abra la puerta a otras vías más expeditivas que permitan las mismas sanciones. Esto es, *la retracción penal será indeseable cuando la alternativa no implique una permuta sustancial en la clase de sanción y si —por el contrario— una supresión de las garantías procesales. Porque entonces quitar la infracción del Derecho Penal para endosarla con la misma sanción a otra vía más expeditiva deviene en un mecanismo pseudo legitimador que en realidad cancela garantías.* Y ello es como se indica, porque fuera de la pena de prisión, las demás sanciones que se puedan estimar como penas por su inclusión en el catálogo de la ley penal no son en realidad materia exclusiva del Derecho Penal. Prácticamente todas las ramas jurídicas tienen sus propias sanciones que se aplican en caso del incumplimiento de sus normas. Y muchas de esas sanciones son iguales en su sustancia que las que prevé la ley penal. La privación o suspensión de derechos y la multa no son exclusivas del Derecho Penal. El Derecho Civil, por ejemplo, prevé la pérdida de la patria potestad y el Derecho Administrativo contempla no solo la amonestación y la multa sino, además, a la suspensión, destitución e inhabilitación en el empleo o cargo de los servidores públicos. Asimismo, en el orden del tráfico de vehículos a veces se dispone la retirada temporal de la licencia de conducir o de la tarjeta de la tenencia del vehículo por infracciones de tránsito.

Por ende, si acaso fuere la misma ley penal la que sólo conminara con esas sanciones y la nueva vía no aparejará cambio en este sentido y si por el contrario conllevará una reducción de las condiciones mismas que configuran la infracción y de los medios de defensa del infractor, no parecería entonces ser lo más aconsejable la reserva del poder penal. El problema no es distinto cuando la misma infracción y sanción ya se prevén en el orden penal y en otra área del Derecho. Porque aun cuando en tales casos, al menos cuando se imponga una de las sanciones de igual naturaleza, ello impedirá que por la misma conducta se aplique de nuevo la misma sanción que se contempla en el otro ámbito jurídico. Lo que no apareja sino acato a la prohibición de doble sanción que prevé —como garantía— el artículo 23 de la C. Y de aquí que la fracción III del artículo 109 C. también disponga que no podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza en materia de responsabilidad administrativa de los servidores públicos, lo cual se reproduce en el artículo 6° de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas. Y aunque la jurisprudencia federal primero señaló que al procedimiento administrativo de responsabilidad de los servidores públicos le eran aplicables

²¹² Enrique Gimbernat Ordoig, *concepto y método de la...*, op. cit. pp. 26 y 27.

supletoriamente las normas del procedimiento penal, previsión que acogía la abrogada Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos²¹⁹; ahora, la ley de la materia, vigente desde el 14 de marzo de 2002, no solo nada prevé al respecto, sino, además, la ley deja amplio margen de discrecionalidad para que el órgano que impute la presunta responsabilidad sea el mismo que le competirá instruir el procedimiento e imponer la sanción y, obviamente, sin que pertenezca al Poder Judicial. ¿Cuál independencia? ¿Cuál imparcialidad? Al contrario, un procedimiento puramente inquisitorial en aquél aspecto. Asimismo, aquella ley está casi ayuna de reglas de obtención, constitución y valoración de las pruebas y peor aún, el párrafo tercero de la fracción I del artículo 21 dispone que cuando el servidor público deje de comparecer sin causa justificada a la audiencia de pruebas y alegatos, se tendrán por ciertos los actos y omisiones que se le imputen. Con ello, la ley se aparta del principio de que quien acusa o imputa está obligado a probar, eximiendo de esa carga al órgano acusador al sustituirla con una presunción de equívoca constitucionalidad. Sin duda que en tales aspectos la nueva ley de responsabilidades es de dudosa legitimidad y, además, vuelve al procedimiento administrativo más expeditivo que el de naturaleza penal. Lo cual no se justifica porque en aquél no haya actos de molestia ni sanciones que involucren directamente a la libertad personal. De todas suertes están en juego la seriedad afectación y la pérdida de derechos, así como la aplicación de sanciones económicas muy severas que en la misma medida involucran al patrimonio del presunto responsable y quiérase o no afectan a su propia familia. Sin contar que también quedan en tela de juicio aquellas intromisiones con motivo de afectaciones patrimoniales al erario cuando las efectúa la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo del ejecutivo federal, dada la exclusiva competencia constitucional que ahora tiene la Auditoría Superior de la Federación para aplicar las indemnizaciones y sanciones pecuniarias cuando se trate de desvíos presupuestales que afecten la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales, pues ¿dónde quedan entonces esas facultades que ahora da a ese órgano la fracción IV del artículo 79 de la C.?

El Principio del Estado Democrático tiene como seña de identidad más genuina la reducción de su aparato coercitivo hasta el mínimo indispensable. Y coloca en el centro del debate el alcance de la relación entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, del que sería un acierto su progresiva fusión bajo principios de actuación similares al Derecho Penal, en cuanto tiendan a ajustar al Derecho administrativo sancionador a los límites y garantías de carácter procesal —e incluso sustantivo al menos en su aspecto objetivo— de los que debe disfrutar toda persona en el Derecho Penal en un amplio sentido. Y ello es así porque de toda la gama de sanciones la única específica del Derecho Penal es la de prisión o privativa de la libertad, pues en las restantes áreas el poder del Estado puede hacer un uso casi ilimitado de las demás clases

²¹⁹ La tesis es la siguiente: LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. AL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN ELLA LE ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Cuando la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, no prevea algunas cuestiones sobre el procedimiento, así como la apreciación de las pruebas, respecto de los procedimientos administrativos que tengan por objeto investigar si la conducta de los funcionarios públicos se ajusta a las disposiciones constitucionales y legales, con el fin de salvaguardar la legalidad, honestidad, lealtad, imparcialidad y eficiencia que tales servidores deben observar en el ejercicio de su cargo y, en su caso, fijarles responsabilidad y aplicarles la sanción respectiva, la legislación aplicable en términos de lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, es el Código Federal de Procedimientos Penales. Dicha supletoriedad opera, no obstante que el citado precepto se encuentre ubicado en el Capítulo IV, relativo a las disposiciones comunes para los Capítulos II y III del título segundo (procedimiento en el juicio político), pues la redacción de ese artículo permite establecer con claridad, que la intención del legislador no fue limitar la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Penales a las cuestiones no previstas en la sustanciación y resolución de los juicios políticos, sino a cualquiera de los procedimientos establecidos contra un servidor público. OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. PRECEDENTES: Revisión fiscal 468/2000. Titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, 26 de mayo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: María Guadalupe Saucedo Zavala. Secretaria: Blanca Lobo Domínguez. Véase: S.J.F. y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, febrero de 2001, página 1701, tesis I.7o.A. J/12, de rubro "LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. AL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN ELLA LE ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES."

de sanciones. Al respecto, Muñoz Conde y García Arán dicen: (...) Lo único que cabe esperar ante este desmesurado poder sancionatorio es que también rijan los mismos preceptos y garantías que rigen en la imposición de las sanciones penales.²¹⁴ Asimismo, con todo lo que hasta aquí se expuso se evidencia que:

Incluso la simple condición de que el poder penal sólo debe intervenir cuando se ataquen bienes jurídicos es útil en esencia para evitar que a este requisito de menoscabo de bienes jurídicos se le sustituya por conceptos aun más imprecisos. Como el de "funcionalidad del sistema normativo penal" o el de "restablecimiento de la vigencia de la norma".

Porque con estas nociones se pasa por alto una categoría que se plasma en los propios tipos penales y sin la cual el hecho no se tipifica penalmente: Cual es que aquel siempre lesione o ponga en peligro al bien jurídico que la norma tutela. Y, además, porque las otras expresiones abren la puerta a la arbitrariedad. Riesgo que sin duda se potencia si no se respeta a aquella categoría. Ello es así en el primer caso, porque el juez no habría de tomar en cuenta si hubo o no hubo ataque a bienes jurídicos y sí —por el contrario— a él le competiría decidir cómo se habría de entender la ley penal en el caso concreto "para que el sistema penal funcione" y porque el mantener "la vigencia de la norma" es tarea que no solo incumbe al Derecho Penal, sino a cualquier ámbito del Derecho donde se prevean consecuencias jurídicas por el quebrantamiento de sus normas. Sin desconocer que si a la noción de "funcionalidad del sistema penal" se le acota con la idea de una prevención positiva que se vincule a los fines constitucionales del sistema penal, entonces a esa concepción se le toma realmente en un deseable límite adicional —en vez de excluyente— a la condición de la lesión o el peligro lesivo de bienes jurídicos. Porque con ese enfoque la pena será inadmisibles, tan si falta la lesión o el peligro de lesión al bien jurídico; como cuando, aún existiendo aquella lesión, en el caso concreto la imposición de la pena sea intolerable a efectos de prevención; o cuando el fin de readaptación social aconseje sustituir la pena por una menos severa.²¹⁵

Pero son aún más peligrosas las diversas expresiones del mero "restablecimiento de la vigencia de la norma" o del "mantenimiento de vigencia de la norma" como únicos fines del Derecho Penal y, además, como sustitutas del ataque a bienes jurídicos. Porque al excluirse ésta última categoría, aquellas abren el cauce para tipos penales de mera desobediencia a la seguridad del Estado según los controles que quiera ejercer el grupo dominante, aunque la desobediencia no signifique embate alguno a un bien jurídico.

Así pues, el principio de intervención mínima a través de la tutela de los bienes jurídicos que se les ataque de la forma más grave *sirve de coto ante un Derecho Penal puramente formal o sociológico-funcional-formal*. Esto es, cuando a aquél se le ajusta a los límites que le impone el estado de derecho. Por los cuales se deriva que sólo podrá ser legítimo el poder penal que conmine con pena a la conducta que ataque bienes jurídicos de manera significativa.

D. El principio de reserva y las lesiones más graves de bienes jurídicos esenciales por medio de conductas específicas. Queda pues claro que se debería examinar todo el orden jurídico, a fin de que se

²¹⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 84 y 85. En cuanto a una debida garantía de audiencia en el procedimiento de responsabilidad de servidores públicos y el ajuste del mismo a ciertos límites que se derivan del sistema acusatorio en materia procesal penal, es también interesante anotar lo que prevén los párrafos tercero y cuarto del artículo 200 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de Coahuila* en materia de responsabilidad administrativa de los servidores públicos del Poder Judicial. Esos preceptos disponen: (...) En toda queja o al iniciar el procedimiento de oficio, se hará constar en qué se hace consistir el o los motivos concretos de la o las faltas y cuál o cuáles se estiman correlativas; sin lo que el procedimiento será improcedente. (...) También serán improcedentes las quejas o la iniciación oficiosa de procedimientos en contra de resoluciones de naturaleza estrictamente jurisdiccional, a menos que se pronuncien en contra de precepto legal o jurisprudencial aplicable, claro y terminante.

²¹⁵ Al respecto ver el inciso D del número IV y el número V del CAPÍTULO SEGUNDO; los números X y XI del CAPÍTULO DECIMOCUARTO; y los números IV y V del CAPÍTULO DECIMOQUINTO.

emplee al poder penal y sus penas de prisión sólo para proteger de los ataques más graves a los bienes jurídicos esenciales de las personas y para el desarrollo de su personalidad en la comunidad; así como para resguardar los bienes que se derivan de las prestaciones públicas que garantiza la C. de embates de igual índole. Y con relación a la pena de prisión sólo cuando y donde no basten para su consecución medios menos enérgicos a la prisión. Con todo esto se evidencia el carácter «fragmentario» del Derecho Penal, pues de toda la gama de acciones prohibidas contra bienes protegidos por el orden jurídico, el Derecho Penal sólo se ocupa de una parte o fragmento, si bien la de mayor importancia. Muñoz Conde y García Arán apuntan que el carácter fragmentario del Derecho Penal aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales: (...) en primer lugar —dicen los autores españoles— defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando solo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando sin castigo, en principio, las acciones meramente inmorales.²¹⁶ A esas tres formas cabría añadir otras. Así —Moisés Moreno señala— que: (...) como materia de prohibición o de preceptuación de las normas penales, el objeto de sus regulaciones sólo lo pueden ser las conductas humanas (acciones y omisiones), las que deben ser tomadas por el legislador tal como se dan en la realidad, es decir, como estructuras compuestas tanto de ingredientes subjetivos como objetivos. Como consecuencia de esto, las normas penales no pueden prohibir meros resultados o formas de ser o estado social de las personas.²¹⁷

En el primer aspecto, en las reformas al CPF de 1983 y 1993-94 —en acato al principio de intervención mínima con relación al bien jurídico— se experimentó un proceso de descriminalización y de despenalización de ciertas conductas. Por ejemplo: injurias, golpes simples, ataques peligrosos, vagancia y malvivencia, etcétera. Aunque también ahora parece observarse —y sin duda con mayor intensidad— el indeseable proceso inverso. Empero, si bien se enfoca la visión, al menos una parte de los nuevos delitos obedecen a los que genera el avance de la ciencia y la tecnología. Desde la inseminación artificial forzada o no consentida y la manipulación artificial del genoma humano, hasta los delitos a través de los medios electrónicos, el espionaje industrial y la piratería de propiedad intelectual. Con acierto señaló el “Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno” propuesto por la Academia Mexicana de Ciencias Penales: (...) Deben incorporarse como delitos y sancionarse adecuadamente las nuevas conductas que impliquen afectaciones intolerables a bienes jurídicos de la mayor importancia, entre ellos los que genera el avance de la ciencia y la tecnología.²¹⁸ La racionalidad penal no sólo significa entonces despenalización, sino penalizar sólo y nada más cuando ello sea imprescindible y necesario por la grave lesión a bienes jurídicos. Sin que ello implique desatender —incluso para las nuevas figuras delictivas que se creen— las vías y las medidas alternativas que involucra el principio de intervención mínima del Derecho Penal.²¹⁹

²¹⁶ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p. 88.

²¹⁷ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reformas Penales*, pp. 65 y ss.

²¹⁸ ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, “Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno”, *Criminalia*, año LXVI, N° 2, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa S. A., México, D. F., mayo-agosto 2000, p. 27.

²¹⁹ Es un hecho que en todos los países y épocas el poder punitivo tiende a expandirse. De haberse iniciado así la tipificación de nuevos delitos ante los avances de la ciencia y la tecnología, entre ellos el de piratería de derechos de autor en discos y medios electrónicos, y no obstante la falta de una persecución eficaz de esos delitos aún cuando están a la vista de todos en los mercados populares del país, el 5 de diciembre de 2002 se reformó la Ley

Por su parte, en el CPC se siguieron tales estrategias. Por un lado se derogaron los delitos de golpes simples, ataques peligrosos, vagancia y malvivencia. Por el otro, se estableció el sistema de «faltas penales»²²⁰, por el cual sólo se estimará falta penal que nada más amerite una multa reducida y la reparación del daño y sin que se pueda considerar antecedente penal cuando durante la averiguación previa en una audiencia ante el Ministerio Público el inculpado acepta la imputación que se le haga y se acoja a la falta penal, siempre y cuando el delito no exceda en su pena legal máxima de tres años de prisión y se considere por la ley como delito de penalidad alternativa (que en Coahuila lo son casi todos los delitos cuya pena legal máxima de prisión sea hasta de seis años.) Igualmente, tan el nuevo CPDF como el nuevo CPC incluyen ahora como delitos a la inseminación artificial forzada o no consentida y a la manipulación artificial del genoma humano.²²¹ Nos hallamos así ante una etapa que se caracteriza por una política criminal ambivalente o bipolar. La que por una parte se orienta hacia una prudente descriminalización en el campo del Derecho penal clásico. Y por otra hacia una evidente criminalización de comportamientos que hasta hace pocos años eran de imposible realización.

Mas hay que poner de relieve que uno de los signos del Derecho Penal moderno es la atención creciente hacia la protección de intereses jurídicos de naturaleza colectiva (demanda generada por el principio de derechos sociales); así como la penalización de afectaciones de bienes jurídicos que surgen como consecuencia de la globalización —tratados de libre comercio en los que México es líder mundial— y los avances de la ciencia y la tecnología —delitos informáticos y piratería intelectual, de patentes y marcas, por ejemplo—. Pero, asimismo, hay que tener en cuenta que una ampliación desmesurada del poder penal sancionatorio en buena medida corre el riesgo de convertir al poder punitivo en leyes penales “simbólicas”, debido a su escasa eficacia para dirigir los procesos sociales en el sentido aparentemente elegido. Ampliándose así tan las esferas de criminalización como las fuentes de corrupción e ineficacia penal. Signos que precisamente también deslegitiman la permanencia de la intervención penal en esas esferas sin una estricta selección. Crítica que se inscribe en el marco de la verificación “out put” del rendimiento que ofrecen las normas punitivas. El Derecho penal “orientado a las consecuencias” es una manifestación de la nueva tendencia a la comprobación de la eficacia y los resultados del Derecho Penal en ciertos delitos. Y con ello, además, se quiere evitar el peligro de perversión del concepto de bien jurídico, porque sólo es legítima la protección de los intereses individuales y sociales reconocidos por la C. y no la de meras “funciones sociales” difusas e indeterminables. Ciertamente que las

contra la Delincuencia Organizada para incluir en ella ciertas formas de esos delitos con penas más severas y excepciones a las garantías en materia de procedimiento, especialmente durante la averiguación previa.

²²⁰ De este sistema me ocupo con más detalle en el número IV de este CAPÍTULO.

²²¹ El artículo 387 del nuevo CPC dice: “SANCIONES Y FIGURAS TÍPICAS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA Y DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL INDEBIDA. Se aplicará prisión de dos a seis años y multa, a quien: I. MODIFICACIÓN ARTIFICIAL DE GENOMA HUMANO. Modifique artificialmente el genoma de una célula reproductora humana. II. USO DE GENOMA HUMANO MODIFICADO ARTIFICIALMENTE. Utilice con propósito de fecundación células reproductoras humanas con un genoma modificado artificialmente. III. ASOCIAR EMBRIONES CON GENOMAS HUMANO Y OTRO DIFERENTE. Asocie en una unidad celular embriones con genomas diferentes, cuando por lo menos uno de ellos sea humano. IV. FECUNDACIÓN DE UN ÓVULO HUMANO CON ESPERMA DE UN ANIMAL, O DE UN ÓVULO ANIMAL CON EL ESPERMA DE UN SER HUMANO. Produzca un embrión diferenciado mediante la fecundación de un óvulo humano con esperma de un animal, o de un óvulo animal con el esperma de un ser humano. V. IMPLANTE DE EMBRIÓN MANIPULADO. Implante uno de los embriones a que se refieren las fracciones anteriores a una mujer o a un animal. VI. IMPLANTE DE UN EMBRIÓN HUMANO A UN ANIMAL. Implante un embrión humano a un animal. VII. CLONACIÓN CON CÉLULAS HUMANAS. Realice una hibridación en la que por lo menos una de las células sea humana; o una clonación con célula humana; salvo que sólo se trate de obtener en forma aislada tejido con claro propósito de rehabilitación terapéutica. VIII. USO DE CÉLULAS HUMANAS CON FINES DE REPRODUCCIÓN CON UN GENOMA MODIFICADO ARTIFICIALMENTE. Use células humanas con fines de reproducción con un genoma modificado artificialmente.

Las sanciones mínimas y máximas del primer párrafo de este artículo, se aumentarán en un tercio: A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años de edad; con o sin el consentimiento de una menor de esa edad o incapaz; practique en ella inseminación artificial. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se aplicará prisión de cuatro a diez años y multa.

Se aumentarán en una mitad más los mínimos y máximos de las sanciones: Si en el implante o la inseminación que prevén estas fracciones se utiliza violencia contra la mujer.

figuras que se han de tipificar, destipificar o tratar por vías o con medidas alternas presupone una amplia investigación de la realidad del Derecho, al igual que mucha reflexión acerca de las sanciones meta-penales adecuadas. Pero si no se hace ese trabajo en una reforma integral del sistema penal se omitirá el plantearle al Derecho Penal una de las exigencias del estado de derecho. Porque es evidente —según razona certeramente Roxin— (...) que nada favorece tanto a la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en nimiedad.²²² Y es que en igual medida que en las leyes se crea la criminalidad, crecen las fuentes de ineptitud y de corrupción en las agencias criminalizantes, las cuales terminan por alcanzar a la sociedad: ¡No te hacen nada!...o bien...ahí te arreglas ¿no?

Ahora bien, en todos estos casos es cierto que el legislador, para decidir si conmina penalmente, debe acudir a la condición indispensable del ataque especialmente grave a un bien jurídico por medio de conductas prohibidas en un determinado —y cerrado— ámbito material. Pero es por igual verdad —siguiendo a Hassemer— que en ello también influye el criterio del *merecimiento de pena*.²²³ Muñoz Conde y García Arán apuntan que (...) en tal decisión el legislador se guía no sólo por criterios de justicia, sino también de utilidad social.²²⁴ Lo que en el ámbito de lo que se debe conminar penalmente, llamo por mi parte *necesidad social de la pena*. ¿En qué medida rinde —o funciona— la pena para impedir o reducir ciertos ataques a los bienes jurídicos? Piénsese en la punición del aborto, por ejemplo —y de la cual me ocuparé más adelante—. ¿Y en qué medida la pena ocasiona más problemas que los que intenta resolver? Son reflexiones y preguntas que han de indagarse y responderse mediante serias investigaciones de campo para decidir si ciertas conductas ameritan trato penal o es preferible que el poder penal se abstenga de intervenir.

D. El principio de reserva y la gravedad legal de las penas: Función de los principios de proporcionalidad, de dignidad humana y de readaptación social como límites a la punibilidad legal.

Las consideraciones anteriores conducen, además, a la consecuencia siguiente:

La naturaleza subsidiaria del Derecho Penal también obliga a la racionalidad y al respeto de un principio de proporcionalidad cuando el legislador gradúe la clase y gravedad de la pena legal en cada figura típica. Cuya medida mínima —e incluso la clase misma de la pena— debe estar en correlación con la intensidad lesiva de la conducta que aquél valore como antijurídica en el tipo penal, así como con la mínima y máxima culpabilidad posible en su realización. *Principio de proporcionalidad.*

Por supuesto, un buen indicador lo es la naturaleza del bien jurídico cuya lesión se contemple. Como al igual lo será la forma, las circunstancias, la gravedad y la clase de afectación, según se trate, en el último caso, de daño, de peligro concreto o de peligro potencial para el bien jurídico. Por ejemplo, será rechazable la desproporción que pueda haber entre la gravedad de las penas legales en los delitos contra el patrimonio y los delitos contra la vida o la libertad personal, si es que aquella entidad se resuelve a favor de los primeros. Salvo, claro está, los casos en que el supuesto punible que contemple la lesión del bien de mayor valor, se refiera a una forma de embate de ínfima intensidad con relación a una muy superior en el tipo penal que proteja al bien de menor consideración valorativa y que normalmente debiere involucrar la lesión de otros bienes jurídicos.

²²² Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho*, p. 31.

²²³ Hassemer/Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*; cit., por Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p. 88.

²²⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., idem.

Bien precisa Moisés Moreno que el Estado: (...) sólo debe fijar penas racionales, que implican tener en consideración la importancia del bien jurídico, la gravedad del hecho, entre otros presupuestos.²²⁵ Por su parte y para estos casos, Ferrajoli se une a Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Ventrone y Carmignani, para sostener que: (...) la pena 'privativa de la libertad' debe ser necesaria y la mínima de las posibles respecto al fin de prevención de nuevos delitos.²²⁶ Se trata así de una afirmación que se recogió desde las primeras constituciones en coto a las penas inútiles y excesivas. «La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias», establecieron el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798, el artículo 16 de la Constitución francesa de 1793 y el artículo 12 de la de 1776.²²⁷

¿Se puede equiparar esa proscripción-mandato a la que se contiene en el primer párrafo del artículo 22 C., en el sentido de prohibir las "penas inusitadas y trascendentales", misma que proviene del artículo 9 de la Declaración de Virginia?²²⁸ No parece que así sea. «Inusitado» significa fuera de uso... no usado, desacostumbrado. «Trascendental» de acuerdo con su sentido literal quiere decir que exceda o vaya más allá, en este caso, de la persona del delincuente. Así, respecto a qué se debe entender por pena "inusitada" es de citarse la tesis jurisprudencial siguiente:

PENA INUSITADA. SU ACEPCIÓN CONSTITUCIONAL. Según el espíritu del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el término inusitado aplicado a una pena no corresponde exactamente a la acepción gramatical de ese adjetivo, que significa lo no usado, ya que no podría concebirse que el Constituyente hubiera pretendido prohibir la aplicación, además de las penas que enuncia el citado precepto 22, de todas aquellas que no se hubiesen usado anteriormente; interpretar gramaticalmente el concepto, sería tanto como aceptar que dicha disposición constituye un impedimento para el progreso de la ciencia penal, pues cualquier innovación en la forma de sancionar los delitos implicaría la aplicación de una pena inusitada. Así, por "pena inusitada", en su acepción constitucional, debe entenderse aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad.²²⁹

Sin embargo, al comentar el artículo 22 C., Álvaro Bunster estima que, en cierta connotación jurídica, (...) esa interdicción se refiere a penas que no están previstas por el ordenamiento jurídico.²³⁰ Para más adelante completar su pensamiento en el sentido de que (...) el sistema penal en los Estados Unidos Mexicanos se organiza sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como medios para la readaptación social del delincuente. Y si la pena de prisión constituye casi sin excepción, la especie de castigo que conmina el derecho penal mexicano, no es arbitrario sostener que en este país la prevención especial, con su contenido readaptatorio, es una exigencia incancelable del sistema punitivo, aún cuando se puede sostener que también la prevención general concurre a dar fundamento al aludido sistema.²³¹ Por lo demás, como el mismo maestro Bunster acota: (...) Las penas «trascendentales» son aquellas en las que se infringe el carácter eminentemente personal que las penas deben tener y cuyos efectos gravosos, por tanto, no recaen sólo en el condenado a ellas, sino también en otras personas. Y continúa: (...) tratándose de las penas privativas de la

²²⁵ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal*, p. 68

²²⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 384.

²²⁷ Cit. por Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del...*, p. 395.

²²⁸ Ídem, pp. 395.

²²⁹ Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo: XIV, Octubre de 2001 Tesis: P. J/ 126/2001 Página: 14 Materia: Constitucional, Penal Jurisprudencia. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 126/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

²³⁰ Álvaro Bunster, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, T. I, 14ª ed., UNAM-Editorial Porrúa, S. A., México, 1999, pp.

207.

²³¹ Ídem, p. 209

libertad, que es donde parece mejor implantarse la moderna finalidad de resocialización del sentenciado, la privación del bien de la libertad, inherente a esa pena, debería poder conciliarse con la necesidad a que son arrojadas las personas dependientes del condenado que se verán a menudo privadas de recursos.²²² Para concluir que: (...) la prohibición constitucional de las penas trascendentales debe entenderse, pues, en un sentido relativo y, sobre todo, en el sentido de propender, a través de los diferentes medios posibles, a reducir en un mínimo la repercusión desfavorable que sobre los dependientes del reo tiene la pena.²²³ Ahora, en el "Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno", la Academia Mexicana de Ciencias Penales propone: (...) establecer criterios para una mayor racionalidad de las penas y medidas de seguridad, atendiendo primordialmente a la importancia de los bienes jurídicos protegidos y a la forma y trascendencia de su afectación. (...) Hay que evitar el innecesario y estéril endurecimiento de las penas, que no constituye, en modo alguno, una solución adecuada y eficaz al problema de la delincuencia.²²⁴ Se debe pues puede repensar y, porqué no, plantear que se incluya en nuestra carta fundamental la añeja afirmación revolucionaria que fue recibida por las primeras cartas constitucionales, que bien se podría traducir así: *La ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias y sin que ellas hagan nugatoria —sino, por el contrario, hagan posible— la incorporación responsable y digna del sentenciado a la sociedad.*

En la línea de pensamiento que se inicia en el sentido de graduar la medida de la pena legal a partir de la naturaleza e intensidad de la lesión jurídica y de limitar a aquella a la medida de la culpabilidad individual: es que se debe explicar ahora el funcionamiento de la pena legal relativamente indeterminada. Es decir, del sistema formal que se expresa a través de señalar en la ley los mínimos y máximos punibles para cada delito, cuando la pena sea susceptible de esa graduación. Ya que es dentro de esos límites que se deberá fijar judicialmente la pena de prisión. Esto es, de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad en el caso concreto. Se trata, pues, de que al principio de "estricta racionalidad y necesidad social de las penas", se le añada el principio de establecer a "la culpabilidad humana como límite de la sanción penal en vez de su fundamento". Y, además, el de la proporcionalidad para la "dignidad de las penas", porque como señala Ferrajoli: (...) toda pena cualitativa y cuantitativamente (superflua por ser) mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más afflictivas para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona.²²⁵

Más por otra parte hay que atender al sistema penal con fines de readaptación social que establece el artículo 18 C. mismos que se ajusten a los límites de un estado de derecho, porque frente a él los máximos legales punibles de las penas de prisión deben ser congruos con el fin último de la pena de prisión. Es decir, con la reincorporación social responsable y digna del sentenciado. Si se pierde ese punto de vista se violará precisamente esa indemnidad. Y, además, se le hará perder a la pena su sentido racional —o irracionalmente tolerable si se quiere— del fin de beneficio social que aquella debe tener como acto de poder del Estado en un estado de derecho o democrático cuyo espíritu campea en los artículos 3º, 25, 39 y 40 C. Francisco Pavón Vasconcelos, ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, manifiesta: (...) las penas

²²² Ibidem, p. 297.

²²³ Ibid., p. 298.

²²⁴ Academia Mexicana de Ciencias Penales, "Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno", *Criminología*, op. cit., p. 27.

²²⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*..., p. 396.

exageradamente altas no constituyen medida eficaz para hacer disminuir el número de delitos y por otra parte constituyen un obstáculo para lograr la verdadera readaptación del delincuente, siendo ésta la base de la organización de nuestro sistema penal, conforme lo declara el artículo 18, párrafo segundo de la Constitución General de la República. ¿Qué posibilidades de readaptación podrá tener un sujeto que cometa un delito y es sentenciado a la pena máxima de cincuenta o sesenta años de prisión, negándole incluso en algunos casos el derecho a la libertad preparatoria?²²⁶ De aquí que quepa denunciar la tendencia a agravar los límites punibles máximos de la pena de prisión a extremos temporales que por adelantado hacen nugatoria a la garantía de readaptación social y más aún, cuando por su excesiva duración se vuelven inusitadas, con violación de los artículos 18 y 22 C. Ello sucede cuando la ley autoriza que se sumen o acumulen indiscriminadamente las penas de prisión por diversos delitos, tal como se hizo en el artículo 64-párrafo-segundo del CPF para el «concurso real» de delitos y que ahora desterró plausiblemente el artículo 79-párrafo-segundo del nuevo CPDF (con la regla de aumento potestativo de hasta la mitad de la sanción del delito que merezca la mayor, fórmula que también adopta el artículo 62-III del CPC —aunque éste permite “hasta dos tantos...”²²⁷)

Las penas legales de prisión demasiado extensas o las fórmulas que las facilitan, en vez de que favorezcan a la sociedad y se limiten por la garantía de readaptación social, impiden su realización eficaz en desacato del artículo 18 C. y son contrarias a la dignidad humana que reconoce la misma C. En tal sentido es incuestionable que en ciertos casos bien pueden plantearse como “inusitadas” según el criterio jurisprudencial antes transcrito. Y ese es un fenómeno al que no se sustrae el CPF, ni tampoco quedan exentos los nuevos CPDF y CPC. Todos ellos contemplan máximos de hasta 50 o más años de prisión, los cuales así vuelven a la pena de prisión en excesiva e inusitada con violación de los artículos 18 y 22 C. En tal sentido no sólo denunció la fórmula del párrafo segundo del artículo 64 del CPF: que en el *concurso real* de delitos autoriza la suma indiscriminada de las penas de prisión de los delitos concursantes hasta sesenta años. Y el supuesto del párrafo antepenúltimo del artículo 366 del CPF que también autoriza la pena de prisión hasta setenta años. A lo cual se le agrega la imposibilidad legal de obtener beneficios en sede de ejecución penal para ciertos delitos.²²⁸ Sino que también impugno la ampliación hasta por ese tiempo de prisión que ahora permite el nuevo CPC para ciertos casos. Así como igual recuso las fórmulas de los artículos 33 y 128 del CPDF y del artículo 67 del CPC que prevén hasta en 50 años el máximo de la pena de prisión. ¿Es sensato esperar acaso una readaptación social digna, después de cincuenta ó más años en prisión? Porque quizá la que sí cabría esperar sería la incapacidad del sentenciado para reincorporarse decorosamente y con beneficio a la sociedad. En esas fórmulas es innegable el criterio preventivo general de corte autoritario sin los límites que se derivan de los artículos 18 y 22 de la C.

²²⁶ Francisco Pavón Vasconcelos, “Procuración y Administración de Justicia Penal”, en *Criminalia*, año LXVI, N° 2; Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., mayo-agosto de 2000, p. 143.

²²⁷ Desafortunadamente, el artículo 79 del CPDF no limita el aumento hasta la mitad a que no pueda exceder de la o las penas que corresponderían por el o los restantes delitos en concurso, como si lo señala el artículo 62 del CPC, aunque ello no obsta para que mediante una interpretación racional los jueces motiven tal límite en los casos que lo amerite.

²²⁸ En el orden federal, las reformas de 1995-99 en ese rubro, dieron como resultado que los sentenciados a que se refieren los artículos 70 último párrafo, 85 y 90 del CPF (antes de su reforma en 1997), al igual que el artículo 84 del CPDF, y 8° de la *Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados*, se les prive del derecho a los sustitutos de libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad y multa; así como de la condena condicional, la remisión parcial de la pena, la preliberación y la libertad preparatoria.

Claro es que la crítica a la fórmula del artículo 67-párrafo-segundo del CPC ampliatoria de hasta 60 años se puede paliar en cierta y relativa medida, es decir, si se atiende a los muy pocos y gravísimos casos en los que el CPC permite esa ampliación temporal²³⁰; pero fuera de esos eventos —y al igual que sucede en el nuevo CPDF— la pena máxima de prisión es de cincuenta años, aunque en su descargo por un lado está que esos códigos ya no permiten la mera acumulación de las penas por concurso material de delitos (cómo si lo prevé el CPF), sino que subordinan la pena a la del delito con sanción más grave aumentable hasta una mitad o un tanto más, respectivamente; y más aún cuando el incremento no puede exceder de la pena que correspondería por el o los demás delitos en concurso. Y, por el otro, si se mira a la posibilidad jurídica y real de una sustancial reducción posterior de la pena de prisión a través de los mecanismos jurídicos para la readaptación social en vía de ejecución penal. Como sucede con la remisión de la pena, la libertad preparatoria y la preliberación. En especial si esos institutos se aplican de manera combinada y complementaria, como lo prevé de manera expresa la ley de ejecución penal coahuilense, al igual que la Ley de Ejecución de Sanciones del Distrito Federal.²³⁰ Y lo cual ya no autoriza la ley federal en contravención al fin del sistema penal que estipula el artículo 18 C. Sin embargo, todo ello no quita la aparente esquizofrenia que se traduce en el doblez más o menos consciente de una política criminal incoherente en tales aspectos. Debido a la persecución de una finalidad incompatible con el modelo constitucional del sistema penal, cual es la función ejemplar de la pena severa, de la cual ya se sabe que no se habrá de cumplir y por lo tanto tiene ese carácter puramente simbólico. Aunque en la realidad —y esto es criticable por igual— ello se traduce en disminuciones de penas desreguladas en su procedimiento y con condiciones de procedencia que dejan amplísimos márgenes de discrecionalidad, frustran la garantía de legalidad y generan la inseguridad jurídica en la ejecución de la pena y sus fines readaptadores. Ferrajoli se pregunta ante esas formas de proceder: (...) ¿Cuál es en efecto la función de un sistema penal escindido, que prevé y dispone penas severas en sede legal y judicial, para más tarde desmentirlas con una serie de indulgencias dispensadas discrecional y sistemáticamente en sede de ejecución penal?²³¹ Pero con independencia de la evidente inseguridad jurídica que todavía existe en los actuales procedimientos y condiciones para implementar y conceder aquellas reducciones en la ejecución de la pena de prisión en los que brilla la falta de reglas claras al igual que la presencia de expresiones difícilmente objetivables, así como la ausencia del control imparcial en vía jurisdiccional²³²; también es claro que aquellas ampliaciones legales de la pena de prisión a un tiempo excesivo acusan de por sí una tendencia a la

²³⁰ El artículo 67 del CPC permite esa pena para los delitos de homicidio calificado, parricidio, matricidio, filicidio, uxoricidio, fratricidio, secuestro, violación sea o no sea agravada y robo agravado, si es que concurren con otros delitos y sólo si ello es posible según las reglas del concurso. Estas reglas, a su vez limitan la duración de la pena de prisión, hasta un tanto más (concurso ideal), o dos tantos más (concurso real), de las que corresponderían por el o los delitos concurrentes. (Artículos 62 y 67.) Además, se permite hasta aquella pena, cuando se trate de homicidio doloso con motivo de un secuestro, violación o robo. (Artículo 351.)

²³¹ El último párrafo del artículo 83 de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de Coahuila, prevé que: "Al cómputo para la aplicación del tratamiento de preliberación, podrá sumarse el de la remisión parcial de la sanción, cuando ésta haya sido concedida". A su vez, el artículo 149 señala que: "El sentenciado que con los días laborados cumple con cualesquiera de los términos exigidos para el indulto o libertad preparatoria, podrá obtener uno u otro beneficio siempre y cuando cumpla con los demás requisitos previstos por las normas específicas pertinentes." En tanto que el artículo 150 dispone que: "La remisión parcial de la sanción podrá ser concedida en cualquier tiempo, aún cuando el sentenciado con los días que se le remitan no comparezca la totalidad de la pena o penas impuestas ni cualesquiera de los términos para los beneficios aludidos en el artículo anterior". Por su parte, el párrafo tercero del artículo 50 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal, dispone que: "La remisión (parcial de la pena) funcionará de manera independiente de la libertad preparatoria. Para este efecto el cómputo de los plazos se hará en el orden que beneficie al reo. El ejecutivo regulará el sistema de cómputos para la aplicación de este precepto, que en ningún caso quedará sujeto a normas reglamentarias de los establecimientos de reclusión o a disposición de las autoridades encargadas de la custodia y de la readaptación social".

²³² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 407.

²³³ Las fórmulas legales que conllevan tal inseguridad jurídica y favorecen arbitrariedad —aunque en la práctica difícilmente superables— no son exclusivas del Derecho Penal Ejecutivo de los adultos, también son características del de los menores infractores. El artículo 116 de la Ley de Menores Infractores, por ejemplo, basa la procedencia del tratamiento en información, en que los jóvenes "revelen alta adaptación y pronóstico negativo". ¿Con base en cuáles datos objetivos habría que estimar que la inadaptación es "alta"? y ¿cuáles datos objetivos han de ser los que determinen un pronóstico "negativo"? ¿Qué diferencia existe entre "alta inadaptación" y "pronóstico negativo"? ¿Cuáles normas señalan en qué consiste uno y otro?

desmesura, a la sinrazón y a entrar en conflicto con la garantía de readaptación social, con la dignidad de las personas, con la prohibición de penas excesivas y con los valores a los que se aspira que prevalezcan en un estado de derecho.²⁴³

Ahora bien, ¿cuál habría de ser el límite máximo admisible de la pena legal de prisión? Los criterios orientadores que parten de los cauces de la naturaleza e intensidad de la lesión jurídica y de cercar a aquella en la medida de la culpabilidad individual —aunque parámetros válidos para estos efectos— son insuficientes para responder aquella interrogante. La clave para encontrar una respuesta correcta está en la reformulación de la pregunta de acuerdo con el fin que el artículo 18 C. asigna al sistema penal. Esto es, en ¿cuánto es el tiempo máximo tolerable que haga posible una readaptación social digna de los sentenciados o al menos el que no les haga nugatorias esas garantías? —de dignidad humana y de readaptación social—. Y ello es así porque el artículo 18 C. dispone que el fin del "sistema penal" sea la readaptación social. En atención a ese fin —que se instituye como garantía individual— la ley debe hacerle eficaz el derecho al sentenciado a reincorporarse con responsabilidad y decoro a la sociedad. En tanto que la pena de prisión priva de la libertad pero no cancela la dignidad de las personas, misma que se reconoce en los artículos 3°, 4° y 25 C. Ni tampoco la duración de la pena de cárcel debería hacer nugatorio el fin del sistema penal —garantizado por la Constitución— cual es la readaptación social. El que apareja —ni más ni menos— la reincorporación social digna y responsable de la persona. Por ello sería del todo iluso —si es que no un juego sucio— por parte del Estado que facilitara al sentenciado los medios y condiciones físicas que le permitieran hipotéticamente aspirar a una vida libre y responsable, cuando tal anhelo posiblemente cumplido deviniese en ironía, debido a penas excesivamente largas y cuya reducción no sea significativa ni confiable en términos de seguridad jurídica para lograr aquél fin con dignidad y si sujeto a criterios arbitrarios.

En nada favorece el legislador a la sociedad ni él guarda respeto a la Constitución cuando amplía desmesuradamente en la misma ley las penas de prisión,²⁴⁴ cancelando así la posibilidad de una reinserción social digna del sentenciado. Como tampoco beneficia el poder legislativo a la colectividad cuando le niega al sentenciado la posibilidad de cualquier beneficio o reducción de la pena sólo porque se trata de "ciertos" delitos, o cuando de plano veda esos beneficios durante la fase de ejecución penal por razones de reiteración delictiva real o ficta, como acontece con unas tendencias actuales.²⁴⁵ Puede admitirse que con motivo de reiteración delictiva real o ficta se cancele la posibilidad legal de que se conceda un sustitutivo al aplicar la sanción, en tanto que aquella reiteración —sujeta a ciertos límites de temporalidad y naturaleza del ilícito— indique la ineficacia de medidas preventivas especiales de extermiamiento como primeras providencias y si aconseje medidas de prevención especial más severas como la es la misma prisión. Mas es inadmisibles que esas fórmulas se extiendan a toda la fase de ejecución de la pena de prisión, porque hacen nugatoria no tan

²⁴³ Se podría argumentar que el artículo 22 C. sólo prohíbe las multas "excesivas". ¿Pero qué acaso eso significaría que no sería legítimo ni inconstitucional el que cualquier otra pena fuese excesiva? El criterio de proporcionalidad —como manifestación del valor de justicia y del derecho de igualdad—, ajustado al límite de readaptación social como fin del sistema penal es —o debería ser— signo destacado en las sanciones penales que prevea la ley.

²⁴⁴ El saldo de las reformas de 1995-99 en ese rubro, es la posibilidad de una pena máxima de prisión de hasta sesenta años en el CPF y el CPC. Y de hasta de cincuenta años en el CPDF. (Artículos 25 del CPF y 87 del CPC.) (Artículo 25 del CPDF.)

²⁴⁵ El saldo de las reformas de 1995-99 en ese rubro, da como resultado que los sentenciados a que se rellenan los artículos 70 último párrafo, 85 y 90 del CPF (antes de su reforma en 1999), al igual que el artículo 84 del CPDF y 8° de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, se les prive del derecho a los sustitutos de libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad y multa; así como de la condena condicional, la remisión parcial de la pena, la preliberación y la libertad preparatoria.

solo la garantía de readaptación social que consagra el artículo 18 C., sino que, además, le reducen la posibilidad a la comunidad de que el sentenciado la evite confrontar de súbito y de tal modo, que en vez de disminuir eleva el riesgo para ella de que aquél se vea precisado a no respetarla. A menos que indignamente se le ponga al alcance su libertad hasta cuando la persona sea casi inocua por su muy avanzada edad o extrema "institucionalización" carcelaria. Y todo ello en realidad implica la ausencia de actos de gobierno que sean respetuosos de los derechos humanos, de las garantías individuales y, a la vez, benéficos para la sociedad.

El "sistema penal"²⁴⁶ —y no sólo el penitenciario— con fines de readaptación social —y con real apoyo en nuestro artículo 18 C. — es un conjunto de métodos racionales por los que es permisible —a través de instituciones jurídicas que miren a ese fin— evitar, sustituir, modificar o acortar las penas tradicionales —lo que implica la posibilidad y legitimación de acudir a vías y a medidas alternativas— para procurar o facilitar la socialización responsable. Dichas instituciones jurídicas se han de sustentar en bases racionales que se orienten «del y hacia el trabajo y la educación» —como promotoras de esa incorporación social responsable—. Pues así como es cierto que de la fase de ejecución tampoco cabe eliminar por completo el punto de partida de la prevención general, pues no se puede prescindir de la pena de prisión en los delitos graves, ni siquiera cuando renunciar a una pena privativa de libertad fuese más útil para la resocialización. —Por eso difícilmente será posible en el futuro la condena condicional para delitos de aquella naturaleza—. También es igualmente verdad que las penas privativas de libertad por delitos graves no cancelan la garantía de readaptación social del sentenciado. La que apareja para el Estado el deber de abstenerse de que la misma intensidad o extensión de la pena legal haga nugatoria aquella. Como también es cierto que la pena que señale la ley no tiene que ser necesariamente la de prisión, pues hay muchas otras sanciones que pueden cumplir mejor el principio de proporcionalidad y los fines mismos del sistema penal que asigna el artículo 18 C. La readaptación social no es pues nada más el punto de partida, ni es —ni podría ser— el objeto que se cumple en sí con la ejecución de la pena de prisión. Sino que dicha «readaptación social» tiene un espectro mucho más amplio y sencillo a la vez, cuyo propósito o su fin es la incorporación digna y responsable de la persona a la sociedad. Ferrajoli piensa que ninguna pena de prisión debiere exceder de 10 años. Y que una norma constitucional debería sancionar al menos un límite máximo. Una reducción de ese género —dice Ferrajoli— : (...) supondría una atenuación no solo cuantitativa sino también cualitativa, de la pena, dado que la idea de retomar a la libertad después de un breve y no tras un largo y acaso interminable período haría más tolerable y menos alienante la reclusión.²⁴⁷

Por mi parte no sé si el tope propuesto por Ferrajoli sería el límite máximo tolerable de la pena de prisión para cumplir los fines del derecho punitivo. Pero sí sé que los límites máximos legales de 40, 50 o 60 años de prisión son irracionales porque sensatamente pugnan con la posibilidad de una reincorporación social digna y útil del sentenciado. Y ello sin contar la edad de la persona cuando es sentenciada, porque cuando ella sea

²⁴⁶ Sobre los alcances de la expresión "sistema penal", véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 7 a 10. En ese 'sistema' se incluyen los subsistemas relacionados con las condenaciones penales, la procuración y la administración de justicia penal, la aplicación y la ejecución de sanciones, según se explica en éste CAPÍTULO y el siguiente.

²⁴⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 414.

adulta con edad madura o mayor, aquellas penas se vuelven ineludiblemente perpetuas en la realidad. Como igual sé que se debe insistir en que en la ley siempre se permita y se regule clara, objetiva y adecuadamente medidas alternas a la prisión que puedan aplicarse no sólo antes de ejecutar la de prisión sino «durante» y «en vez de» la ejecución de la misma pena de prisión, al igual que la posibilidad de sustitución o modificación de las mismas medidas alternas cuando ellas sean incompatibles con la situación personal del sentenciado y éste así lo solicite. Esto es, que se dé en la misma ley la posibilidad jurídica real de una sustancial reducción posterior de la pena de prisión y la alternativa de otras medidas a través de los mecanismos jurídicos claros y objetivos sustentados en la dignidad personal, el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación para la readaptación social. Así, lo que sucede con la remisión de la pena, la libertad preparatoria y la preliberación, bien podría darse con otras medidas sustitutivas no sólo antes de la ejecución de la pena de prisión; sino, además, durante la ejecución misma de la pena de prisión que facilitaran el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación en libertad. Reguladas unas y otras posibilidades como derechos del sentenciado frente a la pena de prisión o ante aquella medida que sea incompatible con su situación personal; porque tienen dicha calidad de derechos desde el momento en que se conciben como vías y medidas para la readaptación social como garantía que se consagra en el artículo 18 C.²⁹⁸ El ramillete de esas medidas puede ser muy variado, desde las conocidas ya en el CPF, el CPDF y el CPC, como son el trabajo a favor de la comunidad, la semilibertad y la multa sustitutiva, hasta otras nuevas o escasamente usadas —que ya se prevén en el CPC.— como medidas complementarias a la condena condicional— como son la limitación o suspensión de derechos que puede referirse a uno o más, o la combinación de los aspectos siguientes: 1) La conducción de vehículos de motor. 2) La permanencia en el domicilio durante determinado horario en uno o más días de la semana. 3) La residencia en una sola vivienda; prohibición de acudir a determinados lugares o acercarse a ciertas personas. 4) La posesión y portación de arma. 5) El consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos. 6) El ejercicio profesional. 7) La realización de determinadas ocupaciones. 8) El ejercicio de derechos familiares, en especial si se trata de violencia intrafamiliar. 9) La custodia, la tutela y la adopción. 10) El albaceazgo; y 11) Otros de similar naturaleza. Todo ello sin olvidar a la reparación del daño que también tiene su sentido de reinserción social responsable de la persona y la cual instrumentada con oportunidad puede volverse una vía y medida realmente útil a los fines constitucionales del sistema penal, como más adelante se verá.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

E. El principio de reserva, la sistematización de las figuras típicas y la preponderancia de los bienes individuales. Breve alusión a la pena de muerte y a la punibilidad del aborto. Algunos códigos penales inician la sistematización de las figuras típicas con la descripción de las conductas que afectan los intereses jurídicos del individuo. Tal es el caso de los códigos suizo y argentino.²⁹⁹ En tanto que otros se ocupan, en primer lugar, de las que ofenden los intereses colectivos y estatales. Ésta última ruta es la que se siguió en los códigos penales mexicanos; es decir, en el federal y en los de sus entidades federativas. Y que

²⁹⁸ Un ramillete de esas medidas —aunque limitadas a la libertad vigilada en la condena condicional— ya las prevé la fracción II del artículo 62 del CPC, y las cuales pueden implicar dejar en libertad al sentenciado con la suspensión o limitación de uno o más de los siguientes derechos: La conducción de vehículos de motor. La permanencia en el domicilio durante determinado horario en uno o más días de la semana. La residencia en una sola vivienda; prohibición de acudir a determinados lugares o acercarse a ciertas personas. La posesión y portación de arma. El consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos. El ejercicio profesional. La realización de determinadas ocupaciones. El ejercicio de derechos familiares, en especial si se trata de violencia intrafamiliar. La custodia, la tutela y la adopción. El albaceazgo y otros de naturaleza similar.

²⁹⁹ Cfr. por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano, Tomo I, introducción al estudio de las figuras típicas*, primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1972, p. 340.

ahora innova el CPDF al colocar al ser humano como portador originario de los bienes jurídicos. Aunque nada impide para que en las mismas regulaciones legales tradicionales se deba reconocer la prevalencia del ser humano frente a cualquier ente colectivo. Ello es así porque sin el ser humano ningún ente colectivo podría existir. Y porque los sujetos y bienes colectivos existen en la medida del ser humano. Además, para proteger y salvaguardar sus bienes jurídicos esenciales, así como para procurar la paz, la justicia y el desarrollo armónico de las personas en sociedad.

Por otra parte, cabe señalar que el orden en que se sistematiza a las figuras típicas en la mayoría de los códigos, en favor de los llamados intereses sociales, obedece más bien a una jerarquización cuantitativa de dichos intereses. Pues se presupone que afectan a la mayoría de las personas. Lo que poco tiene que ver con las directrices políticas y sociales imperantes en cada estado. Por lo tanto, se debe admitir que existen razones filosóficas que fundamentan el criterio que otorga prelación a los intereses jurídicos de la persona humana. Pues —como puntualizó Jiménez Huerta—: (...) si el proceso lógico de formación de los intereses jurídicos tiene su base en la vida de relación y si dicho proceso arranca de un complejo de necesidades materiales y morales que, en primer término, los seres humanos sienten como individuos y después, al entrelazarse y cruzarse los unos con los otros, engendran nuevas necesidades que se van extendiendo según se universalizan las relaciones humanas (...) es entonces, congruente que se reconozca primero a la vida, integridad, honor, libertad y patrimonio cuyo titular es el ser humano (...) [y] sucesivamente aquellos otros bienes e intereses jurídicos que corresponden a la familia, a la comunidad nacional y al Estado. Así (...) universalmente, adquiere impresionante plenitud la verdad conclusiva a que arriba Teilhard de Chardin, en cuanto afirma que el hombre es eje y flecha de la evolución del mundo.²⁵⁰

La restricción del *ius puniendi* que deriva en la salvaguarda de la grave lesión a los bienes jurídicos esenciales —dentro de los cuales se antepone al ser humano— es a la vez la que vuelve ilegítimo amenazar con penas excesivas. Como igual lo es hacerlo con penas «inusitadas» o «trascendentales», dice el artículo 22 constitucional. Es también por esa primera restricción —de proteger bienes jurídicos esenciales— el que la pena de muerte se torna ilegítima. Porque el que se responda de igual forma al injusto daño a la vida humana, en nada legitima para que se respete y se deba preservar a los principales bienes jurídicos cuyas lesiones se deben proteger. Luis De la Barreda —insigne defensor de los derechos humanos en México— emplea para ello una frase literaria que evidencia la irracionalidad de la pena de muerte en una sociedad que se precie de proteger la vida y dignidad de las personas: “El canibalismo es abominable, entonces comámonos a los caníbales”.²⁵¹ No hay que cejar en el empeño de denunciar la ilegitimidad de la pena de muerte y las que sean excesivas, inusitadas e infamantes. Sería poco menos que imposible hacer siquiera un sumario, menos un repaso de las atrocidades que en el pasado se concibieron y cometieron en nombre de esas penas. Así Ferrajoli apunta: (...) a través de las penas capitales —*gladius, securis, crux, furca, culleum (cun cane el gallo et vipera et simia), saxum tarpeium, crematio, bestiis objetio, fames, decollatio, fustuarium*— que se practicaron en la antigua Roma; el ahogamiento, la asfixia en el fango, la lapidación, la rueda, el desmembramiento, la

²⁵⁰ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., p. 343.

²⁵¹ Citada por el Dr. Luis De la Barreda durante la presentación de su libro *El corazón del ombudsman* el 22 de noviembre de 2002 en la ciudad de Saltillo, Coahuila, México.

quema en vivo, la caldera, la parrilla, el empalamiento, el emparedamiento, la muerte por hambre, la consunción de la carne con hierro encendido y otras en la época medieval. Las hogueras levantadas contra los herejes y las brujas por la intolerancia y la superstición religiosa, las torturas, las horcas y los suplicios que martirizaron a Europa todavía en la Edad Moderna, hasta el siglo XVIII completo. Parece que la fantasía humana no ha tenido límites ni frenos en inventar las formas más feroces de la pena de muerte y en aplicarlas incluso a las infracciones más leves: como el hurto, el adulterio, la estafa, el falso testimonio, la falsificación de monedas, además de las innumerables formas de herejía, felonía, lesa majestad, traición y similares.²⁸²

Pero la pena de muerte sigue presente en casi todo el mundo. Sólo 18 estados la han abolido por completo. Aunque según Christian Jäger de los ciento noventa y cuatro Estados existentes, cien la han suprimido tras la declaración de la organización de derechos humanos Amnistía Internacional.²⁸³ En los Estados Unidos, en particular, la pena de muerte se conserva en treinta y ocho de los cincuenta estados de la Unión. Aún así, se ajusticiaron 3,862 personas desde 1930 hasta 1995. Más de 70 personas por año. Más de una persona por semana. Y durante el año de 1998, el número promedio de las que se ejecutaron en China cada semana fue de 34 penas de muerte.²⁸⁴ En México, el artículo 22 C. prevé la pena de muerte para ciertos delitos graves, lo que no deja de ser una sinrazón cuando del mismo artículo se suprimieron las penas corporales por considerarlas contrarias a la dignidad humana. La previsión constitucional de la pena de muerte es igualmente contradictoria con el fin resocializador que asigna el artículo 18 de la misma C. al sistema penal. A tal grado que la misma SCJN estima que la extradición viola garantías cuando la pena aplicable en el exterior sería la pena de muerte o la de cadena perpetua, salvo que el Estado de destino dé seguridades suficientes de que esas penas no serían aplicadas; tal como lo asentó en la tesis siguiente:

EXTRADICIÓN. LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA PROHIBIDA POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE PARA QUE SE TRAMITE AQUELLA, EL ESTADO SOLICITANTE DEBE COMPROMETERSE A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FDE SU LEGISLACIÓN. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acorde con las leyes de la parte requirente, la extradición podrá ser rehusada, a menos que esta parte dé las seguridades suficientes de que no se impondrá la pena de muerte, o bien, de que si es impuesta, no será ejecutada. En estas condiciones, al ser la pena de prisión vitalicia una pena inusitada prohibida por el citado artículo 22, en tanto que se aparta de la finalidad esencial de la pena, consistente en la readaptación del delincuente para incorporarlo a la sociedad, resulta inconcuso que el Estado solicitante debe comprometerse a no imponer la pena de prisión perpetua, sino otra de menor gravedad.²⁸⁵

¿Pero qué acaso por la misma previsión del artículo 22 C. la pena de muerte deja de ser ilegítima? Porque el propio artículo 22 C. que permite la pena de muerte a la vez la restringe para todos los demás casos, con lo cual está ya protegiendo el derecho a la vida que, así, implícitamente reconoce. Porque la misma C. apunta reiteradamente su fe en la dignidad humana. Porque el mismo Estado mexicano no pierde ocasión para

²⁸² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 386 y 387.

²⁸³ Christian Jäger, *La pena de muerte y política criminal*, traducción de Miguel Oniveros Alonso (México) y Minor Enrique (Costa Rica), conferencia dictada los días 6 y 8 de septiembre de 2000 en la UNAM (México) y en la Universidad de Baja California (Tijuana), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., 2001, pp. 85 y 86.

²⁸⁴ *Time*, *Latin-American Edition*, Feb. 14, 2000, Sec: "Numbers", p. 12.

²⁸⁵ Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XV, Octubre de 2001 Tesis: P. JJ. 125/2001 Página: 13 Materia: Constitucional, Penal, Jurisprudencia. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguirre Alemán y José de Jesús Gudiño Peñayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarías: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrosar: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 125/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.²⁵⁹

Sin embargo, el anhelo de que el reconocimiento al derecho a la vida sea expreso, parece que se orienta más, en el fondo y de manera principal a excluir las excepciones al aborto punible. ¿Y acaso en nombre del derecho a la vida es ineludible punir el aborto sin más, sin ningún límite? Tampoco se pasa por alto, pues, el añejo debate —que reiteradamente se pone en la mesa de las discusiones— sobre la despenalización o penalización del aborto; o al menos sostenerla en ciertos casos. La vida del ser humano es la razón primaria de ser de las personas, de la familia, de la sociedad y del Estado. Sin ella no hay ninguno de ellos. Es el bien jurídico por excelencia. Previo a cualquier otro. De aquí la sustancial ilicitud del acto que la priva del ente que ya la tenga. Así pues, quienes se oponen a la despenalización exponen un argumento muy sencillo y sólido a la vez: el bien jurídico que se protege es la vida de un ser humano. De ninguna forma se puede refutar que el nonato es un ser humano vivo. Él podrá carecer de algunos de los atributos civilistas necesarios para reconocerle todos los derechos inherentes a la personalidad.²⁶⁰ Pero el nonato no deja de ser un ser con vida humana. Y lo que el tipo penal tutela es la vida del ser humano. E incluso dadas las condiciones en que el aborto se produce por los motivos más graves imaginables, estos nunca podrán fundar la licitud de una conducta de tal naturaleza. Nunca se podría negar que el aborto en sí es antijurídico, por recaer en la privación de la vida de un ser humano y sin que concorra auténticamente alguna causa justificante.²⁶¹ Ni siquiera en el aborto terapéutico. Pues en tal caso se está en presencia de un estado de necesidad inculpable. Pero de ningún modo justificante como se examinará en su oportunidad. Lo mismo cabe decir de las restantes causas de exclusión de la pena que se contemplan con relación al aborto. Me refiero al aborto que se ocasiona por culpa de la mujer embarazada. El que se motiva con el consentimiento materno porque el embarazo fue resultado de una

259 Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XV, Febrero de 2002 Tesis: P. J. 14/2002 Página: 588 Materia: Constitucional Jurisprudencia. Acción de Inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Gutiérrez, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimental respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal, y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discreparon los señores Ministros presidente Genaro David Góngora Pimental y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 14/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

260 El artículo 31 del nuevo Código Civil de Coahuila dice: "La personalidad jurídica de los seres humanos comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte. La persona física es protegida por la ley desde que es concebida y puede, desde ese momento, adquirir derechos y obligaciones; pero si no nace viva y viable se destruyen retroactivamente los derechos y obligaciones que haya adquirido."

261 Una opinión en contra fue en México la de Mariano Jiménez Huerta, que intentó la justificación del aborto con el argumento de que dados los sentimientos prevalentes de la comunidad insatis en el Derecho y que se reflejaron en derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos que prevé el párrafo tercero del artículo 4° C., faltaría —según ello— aquella condición para configurar la antijuridicidad de la conducta. Ver autor cit., *Derecho Penal Médico*, Cuarta edición, Tomo II, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, pp. 212 a 214.

manifestar en los foros internacionales su vocación humanista. Y porque el Estado Mexicano formó luego parte del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a Abolir la Pena de Muerte, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 15 de diciembre de 1989.²⁸⁶ A este Protocolo se debe arreglar el Estado Mexicano; pues lejos de contrariar la Constitución, la ratifica en su espíritu democrático. No sería válido argumentar la oposición del tratado al artículo 22 C., pues el Protocolo amplía el derecho a la vida humana y restringe el poder punitivo del propio Estado. Sería así del todo recusable que a esa garantía se le trastocara en un seudo derecho estatal para punir, el que por ningún motivo ni en ningún momento se le pudiera limitar en el orden secundario. Porque es verdad que las garantías no se pueden limitar por ese orden subsidiario, como igual de cierto lo es que éste sí las puede ampliar. En el "Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno", la Academia Mexicana de Ciencias Penales hace una propuesta: [que] se retire a la pena de muerte del texto constitucional. El planteamiento cambia así el debate. Ya no se trata de si se debe o no se debe implantar la pena de muerte en las legislaciones secundarias.²⁸⁷ Sino que si le quita o no se le quita de la Constitución. La Academia fundamenta su propuesta: (...) La pena de muerte carece de racionalidad y funcionalidad; en otros términos, es ilegítima e ineficaz.²⁸⁸

Ello trae a colación el discutido tema del derecho a la vida. La controversia de la necesidad de su reconocimiento constitucional y la oposición al mismo. El tema es sensible. Porque del derecho a la vida se pretenden derivar muchas otras consecuencias. La necesidad, por ejemplo, de la penalización de aborto. Mas si se dejan de lado las consideraciones morales y religiosas: ¿es acaso necesario reconocer un derecho que de por sí existe? ¿Alguien niega esto? El hecho mismo de que nuestra Constitución limitara la pena de muerte apareja el reconocimiento tácito del derecho a la vida. ¿Y que acaso tal reconocimiento no lo implican, además, el derecho a la salud y los derechos de las madres embarazadas y lactantes que la misma C. consagra en sus artículos 4º y 123? Sin pasar por alto que el Estado mexicano proclama aquel derecho en el artículo 4-1 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981. Sin que el derecho a la vida del ser humano se pueda realmente considerar menos valioso que el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos que prevé el párrafo tercero del artículo 4º C. O que el mismo derecho de género intrínseco que puede existir para la mujer, como lo es el de decidir la maternidad o la no-maternidad. Respecto a la protección constitucional del derecho a la vida también ya se pronunció la SCJN con la siguiente tesis:

DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y,

²⁸⁶ Sin embargo, México no ha ratificado ese Protocolo y no pudo verificar si el mismo ya se habría aprobado por el Senado.

²⁸⁷ En México, la pena de muerte no se contempla en el CPF ni en ninguna ley penal del orden común. Sin embargo, el Código de Justicia Militar mexicano prevé la pena de muerte en su artículo 122. Y el mismo código la prevé para los delitos de traición a la patria (203), de espionaje (artículo 208) y los delitos contra el derecho de gentes (artículo 208.)

²⁸⁸ Academia Mexicana de Ciencias Penales. "Programa de Justicia Penal...". *Criminología*, op. cit. p. 27.

violación o inseminación artificial forzada. Asimismo, cuando previo aquél consentimiento y a juicio médico exista razón suficiente para suponer que el producto padece graves alteraciones genéticas o congénitas.

Más precisamente por todo ello, al menos no parece aconsejable mantener sin más la prohibición. Ni tampoco liberalizar sin más el aborto. Ello es válido, en primer lugar, respecto de la propuesta de mantener la prohibición penal sin restricciones excusantes. En efecto, es un hecho que el mero remedio penal ha sido inidóneo e inútil y, además, una fuente inextinguible de innumerables abortos clandestinos, los que realizan gente impreparada y en circunstancias de total insalubridad que originan muertes, lesiones y graves peligros para la mujer. El que son inservibles los preceptos de los códigos penales para resolver el problema, se pone de manifiesto por el escasísimo número de procesos y de sentencias que se instruyen y se dictan por delitos de aborto. Asimismo, una postura así implica sociológica y éticamente una actitud pasiva que contempla indiferente el problema de los abortos ocultos. Conscientes de los daños y peligros insitos, pero medidos en nuestros escrúpulos morales y sociales, debido a que en el código penal debieren existir unos artículos totalmente ineficaces que falsean el problema. Pero, por otra parte, la total liberalización del aborto sería una solución no menos discutible. Un embrión es apto para la vida a partir del sexto mes. Mas la vida que tiene el nonato antes de esa edad ya es la vida de un ser humano. A los tres meses él ya es un ser completamente formado. Con acierto señala Roxin que (...) una sociedad que considere a la vida del ser humano como el más alto de todos los bienes jurídicos y castiga su destrucción; una sociedad que da exactamente el mismo trato de intangible al enfermo mental, que a cualquiera otra vida de seres humanos, y condena con razón como bárbaro retroceso cualquier relativización de la protección a la vida; una sociedad que, además, está dispuesta a cuidar y educar a sus niños; una sociedad así, no puede negar por principio el derecho a la vida del no nacido, si no quiere negar y poner en peligro su sistema de valores y bienes jurídicos que le son esenciales. Que en este punto necesitan ser preservados sin reservas. Los argumentos en contra carecen de la fuerza de convicción frente a lo dicho.²⁰²

No sé cuál sería una regulación que en nuestro país pudiera contribuir a que el mayor número posible de niños llegue a tener una vida humana lo más digna posible, pero sí sé que es muy poco lo que puede ayudar el poder penal para conseguir ese fin. Esto es indiscutible. Como también es verdad que el aborto consentido es ilícito por sí, aún cuando sea por motivos graves. Y la ilicitud de la conducta deriva del daño al principal bien jurídico de un ser humano en las circunstancias en que nonato se encuentra y cuando la vida del ser humano es indispensable para cualquier sociedad democrática, sin que respecto de la conducta que le lesiona en aquellas condiciones exista en realidad alguna causa que le justifique. Pero así mismo, en el aborto consentido y más en sus casos de excepción se deben reconocer los límites que imponen al delito la «culpabilidad» y la «responsabilidad» humanas en un estado del derecho. Esto sí es tarea del Derecho y en especial del Derecho Penal en el espectro del fin de la readaptación social del mismo sistema penal.

Así pues, la prohibición penal del aborto como principio se justifica por el valor y el bien jurídico que se protege: la vida del ser humano. Pero al menos, sí caben las excepciones —como ya ocurre en el Derecho vigente—

²⁰² Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, p. 178.

las que en realidad inciden sobre la culpabilidad-responsabilidad, excluyéndola o atenuándola, debido a que en esos eventos se revela la irracionalidad de la pena de prisión, esto es, donde a ésta le falta siquiera la legitimación de su necesidad social; con la modalidad de que esas causas de inculpabilidad o atenuación —por ley— se hacen extensivas a los que participan en el aborto consentido en los casos de excepción. A grado tal de brindar a la mujer embarazada, como servicio público de salud, la información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, así como los apoyos y alternativas existentes para que ella pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Lo cual es obligatorio en el Distrito Federal de acuerdo con el artículo 334-párrafo-último del CPDF. Más de esto debería surgir también la excusa en sentido contrario para ciertos aspectos de dicha obligación de asistencia oficial, como el de la de inexigibilidad del deber de los médicos y demás servidores públicos en el ramo de salud para que brinden apoyos abortivos o realicen el aborto en aquellos casos de excepción. El Estado podrá disponer tal servicio para los casos de aborto no punible, pero no puede legítimamente imputar a los servidores públicos el deber de la práctica del mismo, sin darles la posibilidad de excusarse según su conciencia. En los casos de excepción, los motivos que les dan origen y el bien jurídico que está en juego hacen que el abortar o no abortar sea una decisión personal que el Estado no debe imponer y menos como un deber inexcusable a quien pudiere dar ayuda en el primer sentido.

De aquí que las circunstancias de excepción de pena para el aborto son inoperantes como causas que justifican la conducta. Pero sí la exculpan o reducen el reproche, bien sea por inexigibilidad de la adecuada; o bien sea por la disminución de la responsabilidad que vuelve irracional e intolerable la pena de prisión y el mismo proceso penal en esos casos.

Los motivos de esa exclusión o atenuación atienden a los problemas reales que se hallan entre los pobres y a otras múltiples causas de marginación social. Entre las madres de familia numerosa que tienen que salir adelante sin ayuda y con poco dinero. Entre las mujeres solteras que dependen de un trabajo con precario ingreso o carecen de él y que por su edad o circunstancias reales tienen poca posibilidad de que su hijo sea debidamente atendido; o incluso temen el rechazo familiar. Entre las futuras madres cuyo marido o el padre elude su responsabilidad. Y en todos aquellos en los que la soledad, el desamparo y también la discriminación y a la vez la indiferencia por desatención de un grupo social, provocan por lo general que se reduzca el margen de elegir correctamente. Por lo que si el Derecho Penal no puede de por sí remediar el problema, ni tampoco renunciar sin más al bien de la vida del ser humano abdicando de la base esencial de toda comunidad, el legislador penal debe por lo menos tratar de actuar con mesura poniendo en la balanza de la Justicia el peso de la equidad como vía del Derecho. Con los ojos abiertos, que permita anteponer el escudo de la razón, la prudencia y la ecuanimidad sensible e imperfecta del ser humano, a la espada fría y pétrea de la diosa ciega de la justicia. El que el legislador tome al menos esas causas excepcionales como motivo de exclusión del delito e incluso —como en Coahuila— para dar un trato diferente a cualquier caso de aborto consentido punible a través de la vía alterna de la falta penal, es sólo adelantar bien, con base en aquellas consideraciones, lo que después el juez debe hacer en tales eventos.

Lo que el legislador hace en los casos de excepción de aborto no punible es erigirlos en causas específicas que disculpan o excusan la culpabilidad por falta de necesidad social de la pena, aunque omita declararlo así de manera expresa.²⁶³

Y lo que el legislador de Coahuila hace, además, para que a los abortos consentidos en general se les pueda tratar en la vía de falta penal, es cumplir con los fines del sistema penal dentro de un marco de intervención mínima racional del Derecho Penal y con miras a lograr la paz jurídica por un vía que atiende a la integración social antes que a la inadaptación social de la persona a través de la prisión.

Los casos de excepción del aborto no punible son de los que quedan en el límite entre la exigibilidad jurídica y donde falta la necesidad social de la pena. Como los mismos casos del aborto consentido punible quedan en la frontera de lo exigible socialmente y la irracionalidad de un trato penal duro, lo que amerita que respecto de él se acuda al Derecho Penal Alternativo.

Pues no se trata tan solo de que esa tarea se debiera dejar al juez para cada causa concreta. Porque la clave no es nada más el evitar la pena cuya necesidad social difícilmente se justifica, sino también el salvar la innecesaria estigmatización personal que se produce con motivos de los procesos penales, sino es porque el impedir otras consecuencias indeseables escapa a las posibilidades del Derecho Penal. Obviar, pues, procesos que se tuvieran que seguir para que el juez decida al final la inculpabilidad del agente o la pena suave.²⁶⁴ Hay que dirigir la mira entonces al Derecho Penal Alternativo (del que luego me ocuparé.)

F. El principio de reserva y las conductas en contra del Estado. Lo que hasta aquí se expuso permite también la reflexión sobre la punición legal y su gravedad con relación a las conductas en contra el Estado. Desde los delitos de rebelión, hasta algunas formas del delito de motín. Desde las oposiciones a ciertos actos de autoridad, hasta los llamados «ultrajes» a ciertas insignias o símbolos patrios o de carácter público. Porque:

La punición de conductas contra el Estado será ilegítima si la tipificación favorece sin más a una mera reacción autoritaria del control de poder, en vez de que la ofensa involucre una grave afectación a bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de las personas en la comunidad. Como también sería ir en contra del espíritu democrático de la Constitución, si la pena obedece tan sólo y sin más, al hecho de la inconformidad contra el Estado, cuando ella no conlleve daños graves o un peligro real de ellos a los bienes jurídicos esenciales de los gobernados, o en íntima relación con las prestaciones públicas indispensables para su servicio.

Bien se haría si en vez de ello se excluyera o al menos se sustituyera o graduara la punibilidad legal de los diversos casos, según el peligro sea inocuo, potencial o concreto, o se trate de un daño real a esos bienes jurídicos. Eilo amerita, además, una revisión profunda en esos rubros. A efecto de derogar las figuras típicas

²⁶³ La SCJN sostiene que hay una excusa absolutoria —las cuales en el fondo se apoyan en la falta de necesidad social de la pena—, según se evidencia de la tesis siguiente: ABORTO. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA. La hipótesis contenida en el citado numeral relativa a que cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo su sobrevivencia, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, constituye una excusa absolutoria, pues se trata de una causa que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impide la aplicación de la pena, es decir, aun cuando se configura el delito de aborto, no es posible aplicar la sanción. (Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XV, Febrero de 2002 Tesis: P. JI. 10/2002 Página: 416 Materia: Constitucional Jurisprudencia. Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Gáltrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Palayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores Ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 10/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.)

²⁶⁴ Empero, la sancionabilidad del aborto por vías distintas al tradicional proceso penal, como sucede, por ejemplo, en Coahuila a través del sistema de faltas penales, no debería desatender los posibles derechos como heredero o legatario que la legislación civil le concede al no-nato, a efecto de excluir de los correspondientes derechos a la madre que aborta, si ese fuese el caso y aquella se acogiese a ese sistema.

que contemplen meras desobediencias o lesiones insubstanciales para el bien jurídico que protegen, o cuyas sanciones sean inútiles o excesivas a las razones básicas de la potestad de punir. Así como para que se ajuste la materia de prohibición en los tipos penales, a los casos en los que realmente haya grave forma de lesión a los bienes jurídicos vitales de los individuos para su desarrollo en el ámbito comunitario. Pues de ningún modo será legítimo punir por la sola desobediencia o la mera manifestación en contra el Estado. Como igual carecería de esa legitimidad una pena muy severa para la conducta que nada más se concrete en una amenaza potencial pero no grave de la seguridad genérica del Estado. Una sana política criminal en tal sentido se inició en el CPF, desde las reformas que entraron en vigor en 1984 hasta las de 1993-94. Pues se despenalizaron ciertos delitos de desobediencia y de resistencia de particulares, y la oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos, entre otros; por considerarse que tales conductas o situaciones se les puede atender adecuadamente por otras áreas del Derecho, mirando a su trascendencia y a la importancia de los bienes jurídicos en conflicto, aunque ahora el nuevo CPDF incluye la oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos pero previendo sólo la semilibertad como sanción.²⁸⁶ El nuevo CPC se coloca en similar trinchera aunque con estrategia diversa. En tanto que esos delitos y muchos otro contra el Estado por ofensas de carácter leve, el CPPC les considera de penalidad alternativa para los efectos procesales y, además, permite que se les puede estimar como faltas penales, el que es un sistema nuevo que evita que la conducta se considere delito, como más adelante se verá.²⁸⁷

— III —

El Derecho Penal Alternativo:

El principio de intervención mínima y las medidas alternas que procuren la socialización responsable y la paz jurídica-social

Lo que hasta aquí se ha expuesto lleva de la mano para destacar que la idea de «reserva» o de «intervención mínima» del sistema penal²⁸⁷ se debe ver más allá de una acción por la que se evitan, derogan, seleccionan y sistematizan las figuras típicas; y por la cual, además, se gradúa racionalmente en la ley la gravedad de la punición. Pues las acciones para la intervención mínima no se confinan a los mecanismos que evitan, extraen o matizan conductas del y en el Derecho Penal. Las acciones de reserva pueden y deben operar también dentro del sistema penal con relación a sus vías y medidas tradicionales para cumplir sus fines. Esto es, no nada más para que en la ley se decida qué hecho se debe punir. Ni para que se mida de manera racional a las penas legales y no sólo según la gravedad del delito y la mínima y máxima culpabilidad posible. Sino para que se resuelva si se sustrae a las personas de la reacción más drástica del sistema penal: La pena de prisión. E incluso, con mayor razón, de la prisión preventiva. Y para que en atención a los fines de promover la socialización responsable o al menos la no-desocialización —los que se desprenden del artículo 18 C. — se

²⁸⁶ Las reformas de 1984 y 1994 al CPF han sido las de más profundidad y significación en cuanto a la despenalización y a una nueva concepción y fundamentación «democrática» del Derecho Penal respecto del delito y de la pena, orientadas a un estado de derecho, como se verá en este trabajo. Los nuevos CPDF y CPC siguen la misma ruta, sin embargo, en la implementación de vías y medidas alternas al proceso penal tradicional y a la pena de prisión el liderazgo corresponde sin duda al CPC como se verá en el número siguiente de este Capítulo.

²⁸⁷ Ver el apartado C-1 del siguiente número de este Capítulo.

²⁸⁷ La expresión "sistema penal" la emplea el artículo 18 C. y comprende no sólo al sistema penitenciario, ni nada más al sistema de las penas, sino que tiene una connotación mucho más amplia, que capta, además, a todos los medios jurídicos de control social de naturaleza policíaca, de la procuración y administración de justicia penal. Al respecto, ver a Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 7 a 10.

considere a otras vías alternas de resolver el conflicto o al menos modificarlo para procurar la paz social y a la vez cumplir los fines de la pena cuando se trate de ciertos delitos no graves.

Dentro de un Derecho Penal Alternativo se encuentra el desafío de hallar vías nuevas distintas al usual proceso penal para solventar o atenuar los conflictos. Y las que conduzcan con mayor eficiencia y eficacia a sanciones diferentes a la privación de la libertad. Lo que apareja en sentido amplio en muchos casos evitar o sustituir el proceso penal y la sanción privativa de la libertad. Para pensar en una idea muy diferente a la de pretender un mero castigo o una ejecución correctiva que se pareciere implicar en una pena de prisión mal entendida en su fin. Esto significa que siempre que lo permita la no-gravedad del delito y la posibilidad de obtener la paz jurídica-social, no solo será lícito sino necesario que se acuda a instrumentos jurídicos alternos —dentro de los que caben algunos ya conocidos y otros nuevos— para así cumplir con el fin constitucional del sistema penal que es el de la incorporación social responsable de las personas.

En efecto, tanto las penas como las medidas cautelares debieren mostrar una tendencia general —la que puede definirse también bajo los principios de estricta reserva y racionalidad penal—: Impónganse las medidas cautelares y las penas que priven de la libertad, sólo cuando sean estrictamente necesarias. Y otórguense alternativas penalísticas que procuren el respeto a la dignidad humana. Al igual que intenten la eficacia — pronta y expedita— de una justicia racional y una resocialización útil. Pero en cualquier caso, todas las vías y medidas alternas —sean ante o para-procesales o sustitutivos penales— se deben supeditar a la garantía eficaz de la reparación del daño a los ofendidos en la medida que ella sea posible. Así como a su suficiencia para lograr la paz jurídica-social.

Con base en dichos principios y de acuerdo, además, con los artículos 14, 16, 17, 18 y 20 de nuestra carta fundamental, es pues indispensable procurar la reserva de la prisión preventiva en los procesos penales y para ciertos delitos no graves ampliar la alternatividad de las penas cortas de prisión con otras penas no-privativas de la libertad. Cabe incluso pensar respecto de aquellos delitos que la ley clasifique como graves en los que no haya habido violencia ni sean contra menores, se indague la conveniencia de que se permita la libertad provisional bajo caución asequible al inculpado si éste comparece voluntariamente ante el juez del proceso y se sujeta al mismo —lo cual, además, podría favorecer la eficacia del sistema y disminuir el índice de sustracción a los mismos procesos penales—. (Reacuérdense que la C. prohíbe restringir garantías, pero no ampliarlas.) En la reforma penal federal de 1993-94 y en la coahuilense de 1992-3 y 1999, cobró vigencia lo que el legislador expresó en ellas: (...) La experiencia, la cultura y el desarrollo de la sociedad, han demostrado que el Derecho Penal debe reservarse como la necesaria, pero racional reacción del Estado a los actos humanos que afectan de la forma más grave a los bienes jurídicos más importantes. Mas el que esta reacción deba ser sólo la necesariamente racional, no excluye que a la par deba ser oportuna y eficaz. Pues así como la reacción punitiva indiscriminada, por cualquier acto ilegal, no previene ni corrige la delincuencia. Sino que se convierte en factor de ella. También la pretensión penal sin bases racionales, no sólo se toma injusta, sino que también genera otros actos irracionales e igualmente injustos.²⁰⁰ De aquí que además de la creación legal de delitos, la instauración misma de medidas cautelares de prisión durante los procesos penales y la imposición de sanciones penales tradicionales sólo sean tolerables cuando se representen como absolutamente

²⁰⁰ *Exposición de Motivos a la Iniciativa del nuevo Código Penal de Coahuila de 1999*, apartado III, inciso 10, pp. 186 y 496 del Periódico Oficial N° 43 del Gobierno del Estado de Coahuila de 28 de mayo de 1999. La *Exposición de Motivos del nuevo CPC de 1999*, se publicó el 28 de mayo de 1999 en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Coahuila N° 43, conforme al Artículo Sexto Transitorio del Código Penal del Estado de Coahuila, el que se publicó en la misma fecha e igual número del Periódico Oficial: en virtud del Decreto N° 296 del Congreso del Estado de Coahuila.

necesarias para salvaguardar la convivencia social pacífica. Y de aquí también, que cuando el delito y la pena legal son leves o aquél mismo no sea grave, se deba procurar hacer eficaz la pretensión penal por medios alternos al tradicional proceso penal. De no ser así la amenaza y el fin de esa pena suave se vuelven, además, un espejismo de justicia. Pues la justicia y la adaptación social que se retardan dejan de ser tales.

Ya apunté que la misión más importante que les incumbe a los penalistas de hoy es la integración de una política penológica racional. Una que sea eficaz y a la vez respetuosa del estado de derecho al que aspira nuestra carta fundamental. De aquí que sea necesario no solo procurar la claridad y sencillez posibles en la redacción técnica de las normas legales que regulan al delito. Ni que este se pueda erigir tan sólo bajo esos parámetros. Pues ello aparejaría una tarea inacabada de seguridad jurídica y justicia en el Derecho. El que requiere, también, de la funcionalidad de la pena y de esa justicia. Esa funcionalidad no sólo deber intrasistémica; esto es, para explicar la concepción del delito de acuerdo con los principios que animan la política criminal en el ideal de un estado de derecho, sino hacia fuera del sistema dogmático del delito, hacia la pena misma y respecto de los procedimientos penales tradicionales que la hacen posible. Por ello es preciso buscar vías y medidas alternas que modifiquen el conflicto de manera rápida, procurando siempre evitar la desocialización y sí promover la socialización responsable hasta donde lo permitan las exigencias de prevención y en cualesquier caso con respeto a los derechos de ofendidos, víctimas y de los mismos inculpados; al igual que buscar la eficacia en el debido proceso penal, para así procurar la aplicación de las penas justas y su ejecución efectiva. Por ello, la política criminal que se proponga en el ámbito del derecho punitivo, se debe contemplar de manera conjunta con la que se plantee en el procedimiento penal. Más aún, cuando no resulta fácil, por no decir imposible, entender y realizar las instituciones sustantivas penales sin su correspondiente lectura procesal.

En suma, reitero que tanto las penas como las medidas cautelares deben mostrar una tendencia general. La que se puede definir también bajo los principios de estricta reserva y racionalidad penal: Impónganse las medidas cautelares personales y, luego, las penas que sean privativas de la libertad, sólo como última razón; y concédanse alternativas penales a la prisión —en sede de vías alternas, en sede de medidas cautelares procesales y en sede de las sanciones— que procuren el respeto a la dignidad humana, la eficacia de una justicia racional y la resocialización de los sentenciados. Pero por igual insisto que en cualquier caso y en virtud de que la resocialización debe ser "responsable", todas las vías y medidas alternas al igual que los substitutivos penales se deben supeditar a la garantía eficaz de la reparación del daño a los ofendidos en la medida de lo posible para el inculpado, así como al respeto de la sociedad y a las reglas suficientes para lograr la paz.

Esas vías y medidas alternas se pueden dividir en las de naturaleza instrumental cautelar y las de calidad sustantiva. En las primeras se cuentan a la libertad provisional bajo caución asequible como alternativa a la prisión preventiva y el arraigo —no privativo de la libertad— como medida alterna a la libertad caucional para ciertos delitos. En las segundas se hallan desde las sanciones no privativas de la libertad que señala la ley penal para ciertos delitos; hasta los llamados substitutivos penales. Como lo son la libertad vigilada, la semilibertad, el trabajo a favor de la comunidad y la multa substitutiva. Y otras medidas nuevas o escasamente usadas, como las que se señalaron en el número II-D de éste capítulo, consistentes en la limitación o suspensión de derechos que puede referirse a uno o más, o la combinación de los aspectos siguientes: 1) La conducción de vehículos de motor. 2) La permanencia en el domicilio durante determinado horario en uno o más días de la semana. 3) La residencia en una sola vivienda; prohibición de acudir a determinados lugares o

acercarse a ciertas personas. 4) La posesión y portación de arma. 5) El consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos. 6) El ejercicio profesional. 7) La realización de determinadas ocupaciones. 8) El ejercicio de derechos familiares, en especial si se trata de violencia intrafamiliar. 9) La custodia, la tutela y la adopción. 10) El albaceazgo; y 11) Otros de similar naturaleza.

Pero también se deben mencionar las medidas alternas de carácter mixto. Mismas que apuntan a una tercera vía del Derecho Penal a través de la reparación del daño. Y con ella se corresponden cuatro instituciones del Derecho Coahuilense. De las cuales algunas pueden resultar novedosas para el resto de la república: 1) La conciliación, 2) el perdón y 3) la reparación del daño como causas extintivas de la acción penal en delitos perseguibles de oficio que no sean graves; así como 4) el sistema de faltas penales. Cabe mencionar que la reparación del daño no solo como fin sino también como vía para resolver los conflictos ya se encuentra implícita en las reformas al artículo 20 C. de 2001. Por las cuales se incluyó el apartado B al citado artículo, en el que en su fracción IV estipula como garantías de ofendidos y víctimas que (...) se les repare el daño. Igualmente, que (...) en los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. Asimismo dispone que: (...) La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño. Y ya las mismas autoridades federales desde los años de 2001 y 2002 han reconocido la necesidad de acudir a una justicia cívica ágil para solucionar los conflictos de delitos leves que, además de aliviar la superpoblación carcelaria, funja como medio para cumplir mejor los fines del sistema penal: cuales son la incorporación social responsable que procure la paz jurídica-social y el bien común.²⁶⁶ Faltaría que esos pronunciamientos se traduzcan en acciones legislativas concretas respecto de las que podría ser una buena referencia el modelo coahuilense de faltas penales y extinción de la acción penal por conciliación, perdón y reparación del daño en delitos no graves, con independencia de que éstos se persigan o no se persigan de oficio. Me ocupo enseguida de las manifestaciones de este Derecho Penal Alternativo como derivación del principio de intervención mínima.

A. La libertad caucional como alternativa a la detención y a la prisión preventiva. Con base en los principios que se apuntaron y de acuerdo, además, con los artículos 18 y 20-A-I, de nuestra carta fundamental Es indispensable procurar la reserva de la prisión preventiva en los procesos penales y buscar su alternatividad con otros medios cuando se trate de delitos no graves, en especial con penas cortas de prisión.

En el rubro de la prisión preventiva como medida cautelar, desde la reforma penal federal de 1993 y la coahuilense de 1994-95 bien se dijo que “[s]e ha presenciado en México y en buena parte del mundo, una orientación deformada del derecho procesal penal”.²⁶⁷ De ello no se escapaba Coahuila, donde antes de 1995

²⁶⁶ El 23 de octubre de 2002, el titular de la Secretaría de Seguridad Pública federal informó al Consejo Nacional de Seguridad Pública que la superpoblación carcelaria rebasa en un número de 36, 500 reos la capacidad actual de las prisiones en la República Mexicana, aumentando hasta esa cantidad cuando en 1998 ya había una sobrepoblación de 15,000 personas, proponiendo un “sistema de justicia cívica” como una alternativa de solución rápida para delitos leves respecto de los que se respondería con trabajos remunerados a favor de la comunidad y aliviaría la citada sobrepoblación carcelaria. (Reportaje de Mayolo López y Ramón Sevilla, publicado en el Periódico “Paisana”, Sección “Nacional”, Saltillo, Coahuila, México, 24 de octubre de 2002, p. 2.

²⁶⁷ *Exposición de Motivos del nuevo CPPC*, pp. 430 y ss., Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Coahuila de 25 de mayo de 1999. La *Exposición de Motivos del nuevo CPPC de 1998*, se publicó el 25 de mayo de 1999 en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Coahuila N° 42, conforme al Artículo Tercero Transitorio del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila, el que se publicó en la misma fecha e igual número del Periódico Oficial: en virtud del Decreto N° 303 del Congreso del Estado de Coahuila.

no existían en el CPC delitos de penalidad alternativa. Esto motivaba —si no se le evitaba por caución para la libertad provisional— la necesaria detención o aprehensión y la consecuente prisión preventiva. Si a lo anterior se suma que gran parte de los justiciables en los procesos penales pertenecen a las clases sociales más desfavorecidas, todo ello se traduce en medidas penales inidóneas, discriminatorias e injustificadas. Medidas que aumentan de por sí el desarraigo familiar y social, a la vez que anulan los precarios ingresos económicos. El resultado vino a significar insufribles reproducciones de desigualdad social y la superpoblación carcelaria. Las personas sujetas a prisión preventiva en Coahuila durante 1995 todavía rebasaban el cincuenta por ciento del total de espacio disponible en los reclusorios.²⁷¹ Y aún hasta 1994 se estimaba que en nuestro país, más de las dos terceras partes de los internos eran presos sin condena.²⁷²

Desde aquellas reformas penales también se dijo que: (...) el discurso teórico según el cual hay que pugnar porque se abata la tendencia del empleo de la prisión como pena prácticamente única, no ha rebasado en la mayoría de los casos, las reiteraciones ideológicas más o menos abstractas. Se abusa de la privación de la libertad no solo cuando se ejecutan las penas. Sino lo que es más grave, cuando aún no se han dictado.²⁷³ No se puede entonces dejar de advertir que en realidad, la prisión preventiva como medida cautelar que se aplica durante el proceso de hecho en nada se diferencia con la pena de prisión. De aquí que se deba poner el mayor cuidado para que se evite su aplicación indiscriminada y reducirla a los delitos realmente graves. A ello obliga la presunción de inocencia reconocida en la Constitución del Estado de Coahuila, la cual a su vez se infiere de los artículos 16, 19 y 20 C. Así se razonó en la reforma de 1993 a la fracción I del artículo 20-A C., por la cual se creó el concepto de delitos «graves»,²⁷⁴ que vino a sustituir al del término medio de la penalidad legal de prisión aplicable como criterio para la procedencia de la libertad provisional bajo caución. Y a tal conclusión invitan los postulados de estricta reserva y racionalidad en los delitos y las penas. Más aún, porque al inculpado todavía no se le juzga, ni se le condena. Y porque es un contrasentido aplicar primero una medida exactamente igual a la pena y luego ver si habrá motivo suficiente para que se condene a la persona y se le imponga precisamente aquella pena.

No obstante, no deja de ser espinosa para la concepción de un estado democrático en la misma Constitución, la ruta emprendida en las subsecuentes reformas a la fracción I del artículo 20-A C., al haber deslizado el concepto de «peligrosidad» que luego se superó. Y, además, por las posibilidades de excepción a la garantía de delitos "graves" cuya función es eminentemente reductora del poder punitivo estatal, además de materializar la garantía de presunción de inocencia. Sin que sea objeto de este trabajo examinar los pormenores de la evolución de esa garantía hasta su tratamiento actual en la fracción I del artículo 20-A C. y en la legislación procesal penal secundaria. Pero también esas reformas fueron un serio indicador de una política criminal incoherente con los postulados constitucionales básicos y con los ideales de un estado de derecho de los que

²⁷¹ *Ibidem*. pp. 429 y 430.

²⁷² *Ibid.* p. 430.

²⁷³ *Ibid.* p. 430.

²⁷⁴ Criterio de "delitos graves" que por un lado debe atender a una valoración restrictiva por la especial lesividad del hecho a los bienes jurídicos más importantes y respecto a la forma de comisión que se revele especialmente seria por su violencia, de tal suerte que la prisión preventiva opere sólo como último medio para evitar la violencia de los no desviados o en contra de los mismos. En el derecho federal norteamericano aunque se da amplio margen al criterio judicial para conceder o negar la libertad durante el proceso, por la vía de los precedentes judiciales se ha impuesto la tendencia de sólo negarla cuando se trate de un delito grave de violencia personal.

proviene el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Esa aportación también se refleja en la legislación secundaria. En 1993, con base en la idea de "delitos graves" de la fracción I del artículo 20-A, el artículo 399 del CFPP señaló la improcedencia de la libertad provisional bajo caución con relación a 38 delitos, aunque algunos de ellos con diversas modalidades. A partir del 18 de mayo de 1999 y conforme al artículo 194 de ese código, la libertad caucional es improcedente con relación a más de 100 delitos, a los que se suma una gran parte de esos delitos en grado de tentativa punible. Con ello, en menos de seis años y en virtud de esas reformas, ascendió a casi el triple el número de delitos por los que la libertad provisional es improcedente. Y ello sin contar con irregularidades tales como la del artículo 413 del CPF que prescindiendo de plano de la clasificación de delito grave que expresamente debe hacer el legislador por imperativo del artículo 20-A-I C., ahora dispone que no podrán gozar del "beneficio" (sic) de la libertad caucional — ¿y desde cuándo dejó de ser garantía constitucional?— los responsables de los delitos contenidos en el capítulo de delitos electorales por haber acordado o preparado su realización. Y ello aún sin importar que algunos de esos delitos no tienen señalada pena de prisión (artículos 404 y 408 del CPF.) ¿Dónde está entonces el espíritu que animó y todavía alienta la garantía de restricción de la prisión preventiva, la cual sólo se debe aplicar a los delitos realmente graves conforme a la fracción I del artículo 20-A C.?

Por lo tanto, no es ocioso apuntar que si de acuerdo a dichas disposiciones constitucionales y al imperativo de la razón, la prisión preventiva sin oportunidad de caución durante el proceso se debe reservar a los delitos que representen los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes y consubstanciales del ser humano para su desarrollo social, el legislador debe entonces hacer suyas las propuestas para excluir como delitos «graves» a ciertos casos que indican un abuso de la prisión preventiva y ajustarse a los motivos de la reforma constitucional a la fracción I del artículo 20-A, que en tal aspecto permanece intocada. Las aparentes razones en las que se pretende fincar la prisión preventiva son insostenibles, aunque no es el momento de ocuparme de ellas. La inconsistencia, la simulación y la injusticia implícita de esa eufemística medida "cautelar" de índole personal se han evidenciado ya por muchos penalistas. Más tampoco sería el punto el proponer su utópica abolición, al menos en el estadio actual de nuestro desarrollo social y cultural. Pero sí y con insistencia, su reducción al máximo posible, en especial porque al inculpado todavía no se le juzga ni condena y porque cancela de antemano el rendimiento que pudiesen tener medidas de prevención especial más plausibles a esas medidas que revelan sinrazón y obcecación para allanar al máximo la intromisión del poder punitivo estatal en la libertad de las personas. Y lo cuál permite por igual operar al máximo estrategias selectivas inconfesables —muchas veces de índole político o de imagen— por quienes ejercen el poder. Lo que se plantea en tales casos es un tratamiento racional y de «intervención mínima» en la aplicación necesaria de la prisión desde que se inicia el proceso, cuando a la persona todavía no se le juzga ni se le condena.

B. El arraigo como medida cautelar alterna a la detención y a la prisión preventiva en los delitos de penalidad alternativa. Por otra parte, en el sistema coahuilense de delitos con penalidad alternativa, para los efectos procesales es clara la aplicación del principio de intervención mínima del derecho procesal penal.

Ahora, la penalidad alternativa²⁷⁵ se adopta con audacia en el orden común coahuilense. Pues se considera delito de penalidad alternativa y sólo para efectos procesales, aquél que sin incluir atenuante tenga una pena legal máxima hasta de seis años de prisión, salvo los delitos que exceptuó la ley. Y tal sistema evita que al inculcado se le someta a prisión preventiva por esos delitos.²⁷⁶ Por su parte, los artículos 135 Bis del CFPP y 133 Bis del CPPDF permiten la libertad provisional sin necesidad de caución cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años y el delito no sea grave, entre otras condiciones. Además, salvo contadas excepciones, por medio de la condena condicional, esos sistemas impiden la ejecución de la pena de prisión de resultar culpable la persona, a efecto de que se sustituya la pena de prisión con otras sanciones o medidas menos severas: La semilibertad, el trabajo a favor de la comunidad, la multa sustitutiva, la libertad vigilada y las medidas de seguridad complementarias.

Cabe señalar que el sistema de penalidad alternativa para efectos procesales, por delitos con penal legal máxima hasta de seis años de prisión —vigente en Coahuila desde 1994—, así como la libertad provisional sin caución —que prevén los artículos 135 Bis del CFPP y 133 Bis del CPPDF cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años y el delito no sea grave, entre otras condiciones— encuentran precisamente su fundamento en la previsión de que si a los inculcados se les declara responsables de esos delitos, de ordinario se harán acreedores a la condena condicional. La que en Coahuila es procedente cuando la pena judicial sea hasta de seis años de prisión. (Artículos 77 a 84.) Como en los sendos artículos 90 del CPF y el CPDF, la condena condicional procede si la pena judicial no excede de cuatro años de prisión. Por ende, si en aquellos casos —aún condenada la persona— la pena judicial de prisión no puede exceder de aquellos años. Y por ese motivo a la persona de ordinario se le suspenderá la ejecución de esa pena. Resulta un contrasentido el que esos delitos deban ameritar prisión preventiva para el inculcado durante el proceso, cuando la sanción que se le podría llegar a imponer será incluso de naturaleza diferente y menos severa que la de prisión. Miguel Sarre —defensor incansable de los derechos humanos— planteó esa inconsecuencia desde el año de 1993 al denunciar la incompatibilidad de la prisión preventiva con las penas sustitutivas de prisión. (...) el «mal necesario» —escribió Sarre Iñiguez— se convierte en un mal completamente innecesario e injusto cuando ella se aplica de manera infundada y masiva en nuestro país. Todo lo que se pudiera haber ganado con el sustitutivo ya se perdió con la prisión preventiva sufrida.²⁷⁷ Las razones de esa política en materia de sustitutivos de prisión son múltiples. En la exposición de motivos de las reformas de 1983 al CPF, se expresó que: (...) Al otorgarse al juez nuevas posibilidades de sustituir la prisión y de conceder la condena condicional se ensanchan los contornos de las penas no privativas de la libertad, en la línea de la opinión progresista

²⁷⁵ En México, tal corriente se inició con las reformas al CPF de 1983-84, al establecerse una penalidad distinta a la de prisión o penalidad «alternativa» para algunos delitos, como se puede constatar en el mismo CPF. Así, armas prohibidas (art. 160), violación de correspondencia (art. 173 y 176), desobediencia de particulares (art. 178), negativa a rendir protesta o a declarar (art. 182), quebrantamiento de sellos (art. 187), ultraje a insignias nacionales (art. 191), provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio (art. 209), revelación de comunicación reservada (art. 210), ejercicio indebido del propio derecho (art. 226), variación del nombre o domicilio (art. 240), hostigamiento sexual (art. 259-Bis), bigamia (art. 277), violación sobre leyes de inhumaciones (art. 280), amenazas (art. 282), lesiones leves (art. 289 parte inicial del párrafo primero), incumplimiento de deberes básicos de asistencia familiar (art. 336), abandono de incapaz (art. 340), abandono de atropellados (art. 341), difamación (art. 350), calumnia (art. 356), robo de uso (art. 380), fraudes genérico o fraudes equiparados, administración fraudulenta y lotificaciones o fraccionamientos no autorizados, todos de cuantía mínima (arts. 386 fracción I 387 y 388-Bis), inducción al voto partidista por ministros de cultos religiosos (art. 404), conductas indebidas de funcionario electoral (art. 405), omisión de presentación a desempeñar el cargo de diputado o senador (art. 406), información falsa a órganos electorales (art. 408) y alteración de documentación electoral (art. 411.)

²⁷⁶ Ver artículos 29 y 30 del CPPDF.

²⁷⁷ Miguel Sarre Iñiguez, "Imprudencia de la prisión preventiva en los procesos por delitos cuya penalidad contempla un sustitutivo de prisión", en *Criminología*, año LIX, N° 3, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa S. A., México, sep.-dic. 1993, p. 104. NOTA: Debo decir —porque participé en la reforma coahuilense— que antes de que Miguel Sarre escribiera ese artículo, él me exteriorizó su idea en Torreón, Coahuila, la que sirvió —como muchas otras ideas de Sarre relativas a los sustitutivos penales— para forjar la institución coahuilense que se comenta.

contemporánea según la cual el encarcelamiento, ya que trae consigo graves restricciones al derecho de conformar la propia vida, es prescindible respecto de aquellos delitos que no son capitales.²⁷⁸ La misma exposición de motivos agregaba que: (...) Cabe señalar, además, que la sobrepoblación penitenciaria encarece la justicia penal y hace perder efectividad a la pena, en tanto significa un gasto enorme para la sociedad la manutención de prisiones en las que, con el hacinamiento, se agravan la corrupción, la promiscuidad y la indisciplina, nada propicias para la rehabilitación social.

A su vez, Coahuila en realidad innova frente a cualquier otra legislación en la República con las fórmulas generales que se plantean en el CPPC para los sistemas de "faltas penales" y de "penalidad alternativa". Así mismo, el nuevo CPC también prevé otros medios alternos de solución distintos a la sentencia y la prisión, como se verá en este y en el apartado siguiente. Se buscan así para ciertos casos que no sean de delitos graves opciones penalísticas más racionales y humanas, que eviten el abuso de la prisión preventiva y brinden vías alternas y medidas distintas de las que ya se probó no sólo su irracionalidad sino su inutilidad y disfuncionalidad para cumplir los fines del Derecho Penal. Y los que a la vez procuren una justicia más rápida y expedita cumpliendo el fin del sistema penal. Esto deviene no sólo necesario sino urgente. En el "Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno", la Academia Mexicana de Ciencias Penales dice que: (...) es preciso incrementar el uso de alternativas a la pena de prisión, sustituyendo en la mayor medida posible las penas breves privativas de la libertad. Esto traerá consigo mejores efectos en beneficio de las víctimas, la sociedad, el Estado y el propio infractor.²⁷⁹

C. La tercera vía: la reparación del daño y otros medios alternos equivalentes.

También se puede hacer eficaz el principio de intervención mínima dentro del procedimiento penal y antes del proceso mismo, a través de «vías» y «medidas» alternas nuevas.

La misma Academia Mexicana de Ciencias Penales propone que: (...) se deben explorar los «medios de solución alternativa» de las controversias penales.²⁸⁰ ¿Cómo cuáles? La Academia no lo menciona. Mas es indudable que dentro de ellas se puede presentar la reparación del daño voluntaria y posible como una medida suficiente para lograr la paz y la vez fungir como vía expedita y rápida para resolver o atenuar el conflicto penal permitiendo que se mantenga la incorporación social responsable del delincuente o de quién se reputa como probable responsable del delito. Al comentar el Código Penal español de 1995, Manuel Jaén Vallejo apunta que: "El sistema de doble vía penal, esto es, por un lado las penas, basadas en la culpabilidad, y, por otro, las medidas de seguridad basadas en la peligrosidad, debería de haberse ampliado, aprovechando las circunstancias de un nuevo Código Penal. Por ejemplo, incorporando un sistema de triple vía, que incluyera, además de la pena y la medida de seguridad, la reparación, al menos con relación a hechos de poca gravedad, consistente en una prestación social voluntaria dirigida a la víctima, colectividad o terceros, lográndose de este modo un restablecimiento de la paz jurídica. De nuevo aquí, como en otros aspectos, se pone palmariamente de manifiesto la ausencia de una política criminal novedosa en el Código Penal español en vigor". Y enseguida,

²⁷⁸ Cit. por Miguel Sane Miguiz, "La impropiedad de la prisión preventiva para personas procesadas por delitos cuya penalidad admite una pena de prisión", *Las penas sustitutivas de prisión, Cuadernos para la Reforma de la Justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986, p. 13.

²⁷⁹ Academia Mexicana de Ciencias Penales, "Programa de Justicia Penal...", *Criminalia*, op. cit., p. 27.

²⁸⁰ Idem., "Programa de Justicia Penal...", *Criminalia*, op. cit., p. 28. Nota: El corchete es mío.

el autor español agrega: "Muy interesante al respecto resulta el trabajo realizado por un grupo de profesores alemanes, austriacos y suizos que aprobaron en 1992 el llamado Proyecto alternativo sobre Reparación Penal".²⁸¹ Según el parágrafo 1 de este Proyecto:

(...) 1. La reparación es la compensación de las consecuencias del hecho mediante una prestación voluntaria del autor. Sirve a la restauración de la paz jurídica. La restauración debe tener lugar en primer orden a favor del lesionado; cuando esto no fuere posible, no prometa ningún resultado o no sea suficiente por sí mismo, entonces también entra en consideración la reparación frente a la colectividad (reparación simbólica.) 2. También existe una prestación voluntaria cuando el autor cumpla una obligación asumida en un procedimiento judicial o extrajudicial de reparación.²⁸²

En cuanto a las prestaciones concretas de la reparación, el parágrafo 2 establece lo siguiente:

(...) 1. Como prestaciones de reparación entran en consideración particularmente: 1) Indemnización de daños frente al lesionado. 2) Indemnización de daños frente a terceros, en especial aseguradoras a las cuales haya sido traspasada la pretensión del lesionado. 3) Otras prestaciones materiales como pago en dinero a instituciones de utilidad pública. 4) Regalos al lesionado o prestaciones inmateriales como disculpas o conversación de conciliación. 5) Prestaciones laborales, en especial trabajos comunitarios. Pueden ser efectuadas distintas prestaciones de reparación al mismo tiempo. 2. Las prestaciones de reparación no deben gravar ni al lesionado ni al autor de forma desproporcionada o inexigible.²⁸³

Ahora bien, cabe destacar igualmente que en algunos casos el Estado sólo considera esencial sancionar cuando ello es conforme al interés de los ofendidos. Lo anterior es como se indica porque el interés social de la punición existe en la medida del interés de la víctima o del ofendido. En ello radica también la esencia de la intervención mínima. Ya que sólo se pueden penar las acciones que dañen bienes jurídicos personales disponibles y las infracciones leves contra fines de la prevención social, si existe el interés sobre el bien. Y, además, brindando alternativas penales menos severas y distintas a la prisión si la lesión concreta es de menor entidad o se repara el daño, hay arrepentimiento y ello sea suficiente para lograr la paz social. En incontables casos —en todos los países y épocas— la razón de la reacción penal se da en función del interés de la persona o titular del bien sobre el bien que se le afecta. En especial cuando aquél es disponible o es menor el interés en punir un bien indisponible por otro sin consentimiento de su titular, dada la escasa gravedad de la lesión al bien jurídico y a que tal interés puede cesar por su eventual satisfacción por otras vías aptas que puedan lograr la paz social.

Es esa clase interés el que debiere motivar al poder penal a que acuda a vías y medidas alternas al tradicional proceso penal y a las penas de prisión, para modificar el conflicto. Porque en un primer aspecto, sería absurdo mantener la pretensión penal si al titular del bien disponible le interesa que la lesión no se persiga o se manifiesta a favor de la afectación de su bien del que puede disponer, o incluso en sentido contrario a la sanción. Como también sería innecesario, en un segundo aspecto, procesar personas y punirlas con prisión a cualquier costa cuando es reducida la lesión de un bien indisponible sin consentimiento de su titular o es leve su circunstancia y hay perdón, reparación del daño en lo posible o arrepentimiento; y, además, es la primera ocasión. El que se proceda con base en esas consideraciones no invalida al Derecho Penal sino que se le reafirma en su misión de reserva y de adaptación social responsable de las personas; mismo que es el sustrato del fin del sistema penal que asigna el artículo 18 C.: La readaptación social.

²⁸¹ Manuel Jaén Vallejo, *Los principios superiores del Derecho Penal*, 5, cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, España, 1999, p. 12.

²⁸² Citado por Manuel Jaén Vallejo, *Los principios superiores del Derecho Penal*, 5, cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, España, 1999, p. 12.

²⁸³ Ídem, op. cit., pp. 12 y 13.

En tal contexto me ocupo ahora de las manifestaciones de esa tercera vía en el Derecho Mexicano.

1. El sistema de faltas penales como vía sancionatoria alterna. Considero otra vez a Coahuila que creó el sistema de «faltas penales» en el nuevo Código de Procedimientos Penales vigente desde septiembre de 1999. El que carece de antecedentes en el Derecho Penal Mexicano. Y el que solo se parece en su nombre y en sus objetivos al sistema europeo. Porque la forma en que Coahuila concibe a las faltas penales y la manera en que instrumenta el sistema, difiere de las que se conocen en Europa con el mismo rubro.

Ese sistema permite evitar el proceso penal para ciertos casos de delitos leves dentro de los que el código estima de penalidad alternativa para los efectos procesales.²⁸⁴ Pues a los delitos con una pena legal máxima de prisión de hasta tres años y que sean de penalidad alternativa —los que en el CPPC son los delitos con pena máxima legal de prisión hasta de seis años, salvo excepciones expresas que también operan para excluir la vía de falta penal— no se les considerará como posibles delitos para quienes en una audiencia acepten la imputación del hecho como falta y se acojan voluntariamente a una multa reducida que aplica el agente del Ministerio Público como autoridad administrativa.²⁸⁵ Además, por ministerio de ley, la persona que opte por la

²⁸⁴ ARTÍCULO 265. PROCEDENCIA DE LA VÍA DE FALTA PENAL. La Vía de Falta Penal procederá cuando concurren las condiciones siguientes: 1) Se trate de delito cuya pena máxima de prisión no exceda de tres años sin incluir atenuante que reduzca la sanción; 2) No se trate de delito que la ley excluya del beneficio procesal de penalidad alternativa; 3) El inculcado no se haya acogido a la Vía de Falta Penal en dos ocasiones respecto de las que aún no transcurran los términos de reiteración ficta a que se refiere el Código Penal con relación a los delitos que las motivaron; y 4) Hay por los menos indicio del cuerpo del delito y de la intervención del inculcado. Para ello será suficiente denuncia o querrela cuyos hechos los comprenda.

La Vía de Falta Penal también procederá cuando concurren varios delitos, pero sólo respecto de los que se satisficgan las condiciones del párrafo anterior.

El Ministerio Público verificará si se cumplen los requisitos de los párrafos anteriores. De ser así, citará a la persona inculpada a una audiencia. Al iniciar la audiencia, el Ministerio Público preguntará a la persona inculpada si antes se ha sometido a la Vía de Falta Penal y, en su caso, en cuántas ocasiones, cuándo, dónde y ante qué autoridad del Ministerio Público o el juez, según el caso.

Si el Ministerio Público ejercita acción penal sin antes citar a la persona inculpada no obstante que en autos constaba su domicilio y, además, se cumplen los requisitos del primer párrafo de este artículo, el juez mandará aclarar el pedimento a fin de que el Ministerio Público cite a la persona inculpada para los efectos de la falta penal. Si la persona inculpada reconoce la falta y se cumplen las demás condiciones de procedencia, el Ministerio Público determinará el no-ejercicio de la acción penal. En caso contrario, el juez continuará la causa. El juez procederá de igual forma cuando quede firme la reclasificación de un delito constitutivo de falta penal, pero en este caso la vía de la falta penal se resolverá ante la propia autoridad judicial. En este caso la multa se entregará al Fondo para la Administración de Justicia.

Será revocable la falta penal y, en su caso, la determinación de no-ejercicio de la acción penal o el auto de sobreseimiento, cuando por cualquier causa se llegue a conceder la vía sin cumplirse con todos los requisitos para su procedencia, o porque luego aparezca que los hechos constituyen delito que amerita una pena mayor, o porque exista simulación o falsedad de la falta penal. En tales casos, se citará al inculcado a una audiencia ante el propio Ministerio Público o el juzgador, según correspondiera, quienes resolverán lo que proceda dentro de los cinco días siguientes. En los casos en que el juzgador deba resolver, éste procederá a petición del Ministerio Público, del ofendido, de la víctima o de los abogados de éstos. En el caso que se revoque el auto de sobreseimiento, el juez de oficio reiniciará la causa con base en la acción penal que antes la motivó.

²⁸⁵ ARTÍCULO 265. PROCEDENCIA DE LA VÍA DE FALTA PENAL. La Vía de Falta Penal procederá cuando concurren las condiciones siguientes: 1) Se trate de delito cuya pena máxima de prisión no exceda de tres años sin incluir atenuante que reduzca la sanción; 2) No se trate de delito que la ley excluya del beneficio procesal de penalidad alternativa; 3) El inculcado no se haya acogido a la Vía de Falta Penal en dos ocasiones respecto de las que aún no transcurran los términos de reiteración ficta a que se refiere el Código Penal con relación a los delitos que las motivaron; y 4) Hay por los menos indicio del cuerpo del delito y de la intervención del inculcado. Para ello será suficiente denuncia o querrela cuyos hechos los comprenda.

La Vía de Falta Penal también procederá cuando concurren varios delitos, pero sólo respecto de los que se satisficgan las condiciones del párrafo anterior.

El Ministerio Público verificará si se cumplen los requisitos de los párrafos anteriores. De ser así, citará a la persona inculpada a una audiencia. Al iniciar la audiencia, el Ministerio Público preguntará a la persona inculpada si antes se ha sometido a la Vía de Falta Penal y, en su caso, en cuántas ocasiones, cuándo, dónde y ante qué autoridad del Ministerio Público o el juez, según el caso.

Si el Ministerio Público ejercita acción penal sin antes citar a la persona inculpada no obstante que en autos constaba su domicilio y, además, se cumplen los requisitos del primer párrafo de este artículo, el juez mandará aclarar el pedimento a fin de que el Ministerio Público cite a la persona inculpada para los efectos de la falta penal. Si la persona inculpada reconoce la falta y se cumplen las demás condiciones de procedencia, el Ministerio Público determinará el no-ejercicio de la acción penal. En caso contrario, el juez continuará la causa. El juez procederá de igual forma cuando quede firme la reclasificación de un delito constitutivo de falta penal, pero en este caso la vía de la falta penal se resolverá ante la propia autoridad judicial. En este caso la multa se entregará al Fondo para la Administración de Justicia.

Será revocable la falta penal y, en su caso, la determinación de no-ejercicio de la acción penal o el auto de sobreseimiento, cuando por cualquier causa se llegue a conceder la vía sin cumplirse con todos los requisitos para su procedencia, o porque luego aparezca que los hechos constituyen delito que amerita una pena mayor, o porque exista simulación o falsedad de la falta penal. En tales casos, se citará al inculcado a una audiencia ante el propio Ministerio Público o el juzgador, según correspondiera, quienes resolverán lo que proceda dentro de los cinco días siguientes. En los casos en que el juzgador deba resolver, éste procederá a petición del Ministerio Público, del ofendido, de la víctima o de los abogados de éstos. En el caso que se revoque el auto de sobreseimiento, el juez de oficio reiniciará la causa con base en la acción penal que antes la motivó.

²⁸⁶ ARTÍCULO 266. AUDIENCIA POR FALTA PENAL. En la audiencia a que se refiere el párrafo tercero del artículo anterior, el Ministerio Público o, en su caso, el juez, le hará saber a petición de la persona inculpada la falta que se le atribuye y que si la reconoce sólo le impondrá el pago de una multa y, además, el pago de otra cantidad que resulte en concepto de pago preventivo para la reparación del daño, misma que se entregará al ofendido o víctima o, en su caso si no la recoge o se niega a recibirla, se depositará en el fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal. Este Fondo quedará a cargo de la Secretaría de Finanzas.

falta queda sujeta a la obligación de reparar el daño, cuya liquidación, en caso de incumplir el pago voluntario, se puede pedir en un rápido incidente ante el juez penal; para que enseguida se pueda proceder al embargo y remate en vía de apremio ante un juez civil si aún no paga el obligado, imponiendo deberes al Ministerio Público para que haga las promociones conducentes.²⁸⁵

Claro que ha de hacerse un estudio de cada delito —de acuerdo con su realidad jurídica y social— dentro de los que puedan reasignarse como faltas penales y queden comprendidos en aquella amplia fórmula de pena legal máxima de tres años de prisión. Para ver si el particular delito debe permanecer sujeto al sistema de falta penal o excluirse de él; esto es, con base en consideraciones valorativas, sociales y funcionales preventivas de la realidad jurídica que ameriten su no-inclusión. Porque un sistema así debe respetar mínimamente el carácter preventivo del poder penal. Pero que el Derecho Penal concibe sólo como instrumento que promueve

Asimismo, el Ministerio Público informará a la persona inculpada que si se acoge a la Vía de Falta Penal se procederá de la manera siguiente: 1) La multa se fijará en dos terceras partes del máximo de multa si la pena de prisión no excede de un año; 2) El monto del pago preventivo de la reparación del daño se fijará: a) En forma estimada por el Ministerio Público con base en lo probado en las constancias de autos; o, b) Cuando no haya prueba en autos del daño se fijará una cantidad igual a la multa; 3) Se prescindirá de cualquier otra sanción que la ley penal señale al delito, salvo la reparación del daño, a la que quedará obligada al aceptar la falta; 4) La falta no se considerará como antecedente penal; 5) El pago de la multa y el pago preventivo para la reparación del daño, junto con las demás condiciones de procedencia de la falta penal, impedirán que el Ministerio Público ejercite en contra de aquél la acción penal por el hecho presuntamente delictivo que se le atribuye y será motivo para determinar el no-ejercicio de la acción penal o en su caso el sobreseimiento.

La Procuraduría General de Justicia establecerá las normas generales para determinar en forma interna un catálogo de multas para las faltas penales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 100 del código penal.

Si la persona inculpada se ha acogido antes a la Vía de Falta Penal por una vez sin que aún transcurran los términos para la retención ficta a que se refiere el Código Penal, podrá acogerse por última ocasión a aquella, pero se duplicará tanto la multa como el pago preventivo por reparación del daño cuando éste se fije por cantidad igual a la multa.

²⁸⁵ Así, el citado artículo 268 continúa a partir de su párrafo sexto, con el tenor literal siguiente: **LA NO-EJECUCIÓN DEL PAGO PREVENTIVO PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO.** Si el ofendido o la víctima no acepta el pago, o si transcurrido el plazo que señala la fracción anterior, no recoge el billete de depósito sin motivo justificado, de inmediato el propio agente del Ministerio Público, endosando el billete a favor del Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal, lo enviará a la autoridad que maneja el Fondo. Esta autoridad, con igual rapidez, acreditará en el Fondo el importe del billete.

LA VÍA JUDICIAL PENAL PARA HACER EFECTIVA LA REPARACIÓN DEL DAÑO CON CARGO AL FONDO. Sólo procederá la vía judicial para hacer efectiva la reparación del daño con cargo al Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal, en los casos siguientes: 1) Cuando el ofendido o la víctima estimen insuficiente el pago preventivo para reparar el daño; ó 2) Cuando el inculcado pague la multa, pero no haya hecho el pago preventivo para la reparación del daño dentro del plazo correspondiente.

En estos casos sin que sea necesario agotar las instancias del proceso y a petición del ofendido o víctima, el Ministerio Público tendrá el deber de desahogar los medios de prueba relativos al monto del daño y de acudir ante el juez penal acompañando aquéllos y la constancia del reconocimiento de la falta penal, promoviendo el incidente de liquidación en vía de ejecución que prevé el artículo 710. El ofendido o víctima podrán promover directamente ante el juzgador penal tal incidente de liquidación, acompañando copia certificada de las constancias anteriores y sólo en este caso cesará el deber a cargo del Ministerio Público de promover el incidente que aquéllos le hubiesen solicitado. Este derecho precluirá si el ofendido o víctima o, en su caso, el Ministerio Público no lo ejerce dentro de los treinta días siguientes a partir del día en que el aquel fije la multa, y el pago preventivo que corresponda.

Fijada en el incidente la cantidad a pagar, la orden de pago del juzgador se hará efectiva por los interesados en el Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal, pagándose de inmediato. Si el Fondo no cuenta con recursos suficientes, en el mismo momento que se quiera hacer efectiva la cantidad a pagar, la autoridad que deba hacer el pago, registrará el día y la hora, tomará los datos del interesado y le dará constancia de lo anterior, con el fin de que se le haga el pago, en orden de prelación, tan pronto el Fondo cuente con recursos bastantes para ello. De estos recursos, de inmediato se reservará la cantidad a pagar, avisando con la misma prontitud al interesado para que la reciba dentro de los diez días siguientes de que se le dé aviso de la reserva a su favor.

BASES GENERALES DEL FONDO PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN VÍA DE FALTA PENAL. El Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal se sujetará a las bases siguientes: 1) La orden de pago de la reparación del daño con cargo al Fondo a favor del ofendido o víctima, no podrá exceder del equivalente ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la capital del Estado. Si el pago resulta insuficiente, el ofendido o víctima deberá proceder conforme a la fracción siguiente; 2) La autoridad procederá a hacer las reservas en orden de preferencia temporal, según el día y hora en los que a cada interesado le dio constancia correspondiente. Si aquél no la recoge dentro del plazo a que se refiere la fracción anterior, perderá su derecho de preferencia y los recursos se liberarán para otro pago pero la persona que perdió su derecho de preferencia podrá presentarse de nuevo para que se le expida de inmediato otra constancia, a partir de la cual volverá a tener derecho de preferencia procediéndose de acuerdo con la fracción anterior; 3) Los ofendidos o víctimas que ante el agente del Ministerio Público no hubieren recogido dentro del plazo el billete de depósito a su favor en concepto de pago preventivo para la reparación del daño y el mismo ya se hubiere enviado al Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal, podrán pedir al Ministerio Público o juez que conoció, requiera el pago del importe de aquél a la autoridad encargada del Fondo, la que pagará de acuerdo con lo que se previene para las ordenes de pago de los juzgadores.

LA VÍA JUDICIAL CIVIL PARA HACER EFECTIVA LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL PATRIMONIO DEL RESPONSABLE. Lo previsto en las fracciones precedentes no será impedimento para que el Ministerio Público, con base en la resolución judicial de liquidación que fije el monto de la reparación del daño, deba promover que la misma se haga efectiva en el patrimonio del responsable, directamente en la vía de apremio ante juez civil. Los jueces civiles estarán obligados a tramitar la vía de apremio en cualquier caso que se les presente resolución de liquidación por concepto de reparación del daño. El ofendido o víctima podrán promover directamente la vía de apremio ante los jueces civiles acompañando la resolución judicial de liquidación, en cuyo caso, cesará el deber del Ministerio Público de promoverla.

X. LA SIMULACIÓN O FALSEDAD DE LA FALTA PENAL. Existirá simulación o falsedad de la falta penal cuando el ofendido o víctima del delito se beneficien o realicen actos tendientes a beneficiarse indebidamente del pago preventivo de la reparación del daño a cargo del Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal. En estos casos, el Ministerio Público dictará las medidas que estime necesarias para prevenir o evitar la simulación o falsedad, sin perjuicio de las diligencias que lleve a cabo por la probable comisión de los delitos que resulten.

ARTÍCULO 268. NO-RECONOCIMIENTO DE FALTA PENAL. Cuando en la audiencia respectiva la persona inculpada no reconoce expresamente la falta, el Ministerio Público dará por concluida la audiencia y continuará la averiguación previa, sin perjuicio de que enseguida le tome su declaración a la persona inculpada, para la cual, aquél procederá con todas las formalidades legales. El Ministerio Público también continuará con la averiguación previa cuando la persona inculpada omite pagar la multa o no haga el pago preventivo en el plazo correspondiente. En cualesquiera de esos casos, la persona inculpada ya no podrá acogerse después a la Vía de Falta Penal respecto a los hechos que motivan la averiguación.

la vida pacífica y el respeto a los bienes jurídicos vitales de los demás dentro de los límites del estado democrático. Sin que a tal sistema alterno se le deba convertir en factor que avalara conductas francas y ostensiblemente lesivas y prohibidas agravando la violencia en vez de disminuirla. Mas esa reflexión debe igualmente someterse a crítica si se le pretendiese hacer válida como argumento general que se oponga a la adopción de tal vía y medidas penales alternativas para cualquier delito. Y porque —como ya se vio²⁸⁷ y más adelante se verá— las amenazas de punición que nunca se cumplen y cuyas conminaciones sólo constituyen espejismos de justicia, son las que también favorecen la criminalidad y la infuncionalidad del sistema penal. Asimismo, se ha tener en mente que muchos delitos leves —por su naturaleza o en ciertas circunstancias— son difícilmente repetibles. O por sus especiales incidencias muestran de hecho un alto grado de tolerancia social o de las mismas agencias del Estado, a grado tal que la misma medida penal de prisión se ha mostrado inidónea o ineficaz, tan desde el punto de vista preventivo general, como del especial. Por lo que respecto de ellos sí pudiera ser aconsejable su inserción en un sistema penal alternativo. Ejemplos: El aborto consentido y los de daños o lesiones leves culposos no agravados. En diverso contexto pero con razones igualmente válidas, muchos delitos contra el Estado o la sociedad por ofensas de carácter leve no solo se les podría estimar no sujetos a la medida cautelar de prisión preventiva, sino, además, con la posibilidad de acceder al sistema de faltas penales.

Sobre las implicaciones del sistema alterno de «faltas penales» que se adoptó en Coahuila, es importante hacer algunas precisiones.

Adelanto por lo pronto mi punto de vista: Lejos de que ese sistema transgreda a la carta fundamental, la respeta y la confirma en su espíritu democrático. Él combate a la impunidad que en la práctica se da para los delitos leves. Y, además, facilita que se dé una justicia pronta, expedita y racional. Una justicia benéfica, con respeto a la dignidad humana de inculpados y ofendidos, a los intereses de la sociedad, a las garantías individuales y a los fines que el artículo 18 C. asigna al sistema penal. En pocas palabras, el sistema de faltas penales acude a una «tercera vía» que hace posible una justicia pronta y el fin de la incorporación social responsable del inculpadado, respetando los intereses de la sociedad y las garantías individuales y, aún así, sin la necesidad del proceso penal.

Elo es así porque el sistema de faltas penales permite la suma de las ventajas siguientes: **a)** Favorece una justicia pronta y expedita a través de la reparación del daño que sea posible. **b)** Permite así al ofendido o víctima el alcance rápido a la reparación del daño. **c)** Hace efectivo el principio de reserva del Derecho Penal, pues evita criminalizar a las personas por conductas no graves. **d)** Admite que se aplique un medio «alterno» a los tradicionales, de los que ya se probó su dilación, complicación e ineficacia en esos casos, accediendo así a la funcionalidad del sistema penal. **e)** Posibilita que se destinen a casos más importantes los siempre exiguos recursos para la procuración y la impartición de justicia —por las averiguaciones previas y los procesos que se pueden evitar—. **f)** Aumenta la capacidad de respuesta del Ministerio Público para los casos de delitos realmente graves. **g)** Se inserta en el principio de intervención mínima del Derecho Penal a través de la «tercera vía» que —mediante multa y el pago preventivo de la reparación del daño y la obligación de cubrir algún excedente— procura la paz con el máximo beneficio social y la mínima violencia posibles. Y **h)** Hace eficaz la garantía de un sistema penal cuyo fin sea la readaptación social en un amplio sentido.

²⁸⁷ Infra, ver al respecto el número III de la INTRODUCCIÓN.

Sin embargo, el sistema de faltas penales muy pronto enfrentó críticas por parte de cierto sector —del más alto nivel del mismo aparato estatal de procuración de justicia— que propuso su derogación. Las que, sin embargo, motivaron interesantes reflexiones que tendieron más a enriquecer ese sistema que a oponerse a él. En ese sendero crítico surgieron las propuestas de reforma de 2001-2002. Tres ideas que podían fortalecer ese sistema y las cuales dieron fruto y precisaré al examinar las principales objeciones que hasta ahora se le han hecho a la institución nueva que nos ocupa.

1) Así, se dice que el sistema de faltas penales es anticonstitucional porque el Ministerio Público no puede ser juez y parte. Y porque sólo compete a los jueces imponer las penas. Además, se arguye, es incomprensible cómo la mera voluntad del mismo inculpado pueda ser capaz de transformar un delito en mera falta. Mas estas críticas se basan en dos falacias. La primera: De que la aplicación del sistema de faltas penales presupone la existencia de un delito. Y, la segunda: De que el sistema de faltas penales sería un proceso en el que la multa se impone por virtud de un delito. Es decir, en el que hay acusación, defensa, juicio y condena por un delito, con base en la cual se aplica coactivamente la multa. Todo ello es falso. Porque la vía de falta penal es una diligencia del Ministerio Público en la que éste actúa como autoridad administrativa y en la que el inculpado se acoge de manera voluntaria a dicha vía. Por lo tanto, si bien es verdad que tal vía tiene su origen en la imputación de un hecho que la ley prevé como delito; es igual de cierto que en ella ninguna autoridad declara tal hecho como delito. Ni tampoco podría hacerlo, dado que tal sistema alterno se prevé primordialmente para la fase inicial de la averiguación previa. Por lo demás, la multa que se aplica es previamente consentida por el inculpado. Y las autoridades administrativas pueden aplicar multas. De no ser así, no sólo estas sino todas las multas que aquellas aplican serían inconstitucionales. Y aunque también se aduce que el sistema penal favorece que sea más expeditiva esa vía alterna, al negarle al inculpado las garantías procesales que la carta fundamental le brinda. Empero, ello sólo sería cierto si la falta penal se le impusiera al inculpado sin dejarle otra alternativa. Pero es el caso que esa vía es procedente nada más si es el mismo inculpado quien opta por ella voluntaria y libremente.

2) Igualmente se afirma que el sistema de faltas penales es inconstitucional porque sólo compete a las autoridades municipales aplicar multas por concepto de "faltas". Empero, el razonamiento es inválido por incompleto. Porque —según el artículo 21 C.— a las autoridades municipales les incumbe aplicar multas solo por las faltas "que prevén los bandos de policía y buen gobierno". Pero no les corresponde imponerles por conductas que el código penal prevé como delitos y que por disposición de la misma ley —y no por la mera voluntad del inculpado por cierto—, respecto a su imputación en una denuncia sólo se pueden considerar faltas en aquellas condiciones. Asimismo, se objeta en ruta contraria que era mejor dejar la sanción de esas conductas para aquellos bandos municipales. Pero con ello se pasa por alto que se renunciaría a resolver el problema principal: el de la reparación del daño. Respecto de este punto, el sistema de faltas penales provee de inmediato al Ministerio Público y al ofendido de una herramienta jurídica para que en forma expedita y tiempo breve se declare su cuantía que permita hacerlo efectivo en la medida de lo posible. En vez de que la víctima tenga que esperar años por una eventual condena, previo el debido proceso legal. Con lo cual se evita

que al ofendido se le vuelva, además, en una víctima del proceso. Por otro lado, se parece olvidar que no sería ya facultad del congreso sino de los municipios —que no son pocos en casi todos los estados— el decidir qué conductas —de las que se despenalizarían— se considerarían como “faltas”. Así mismo, se pasa por alto el hecho de que en la gran mayoría de los municipios se carece de los medios necesarios para instrumentar correctamente la justicia municipal. Y, por último, pareciera ignorarse que el pretender en el estadio actual derogar todos los delitos que en Coahuila comprende el sistema de «faltas penales», muy bien se habría quedado en otra aspiración frustrada. El paso legislativo, pues, tal vez sea insuficiente en abstracto para ciertos casos. Empero, es el mejor posible de acuerdo a la realidad —aunque la ley siempre es mejorable—.

3) También se alega que el sistema de faltas penales propicia la impunidad. Pero la crítica vuelve a ser corta de vista. Ya que el sistema de faltas penales consigue que se aplique desde luego una multa y da acceso inmediato al ofendido o víctima para que se le pueda reparar el daño. ¿Además, qué medio alternativo se propone para darle al ofendido o víctima un rápido y sencillo acceso a la reparación del daño? : Ninguno. ¿Y que acaso la reparación del daño no consigue compensarlo y con ello hacerse justicia? Pero he aquí la primera propuesta que motivó ya una reforma a tal sistema: El sistema originalmente daba preferencia a la multa sobre la reparación del daño. ¿Por qué entonces no se intercambiaba esa prevalencia en beneficio de los ofendidos y víctimas? Esto es, que de la cantidad que fijara el Ministerio Público de acuerdo a los parámetros que señala la ley para la multa actual, el mismo Ministerio Público fijara un pago preventivo inmediato para la reparación del daño, sin perjuicio de que el Ministerio Público “deba” —y no sólo “pudiera”, como originalmente decía la ley— promover el incidente de liquidación si resta algún saldo insoluto y de que en caso de impago promueva también la vía de apremio. Un estudio de campo que hizo la Universidad Autónoma de la Laguna en la ciudad de Torreón, Coahuila, evidenció que en más del 80% de los casos que se ventilaban por la vía de faltas penales, la multa que se imponía habría sido suficiente para cubrir la reparación del daño.²⁹⁸ En tal sentido se apunta ahora el texto de la reforma aprobada por el congreso coahuilense el 30 de abril de 2002. Pero es más —y he aquí otra propuesta que se tradujo en esa reforma—: que si no hay ofendido o víctima a los que se les repare el daño, o bien no hay daño que reparar, el importe que se cubra se destine a un fondo en favor de los ofendidos y víctimas de delitos. Al actual Fondo para el Mejoramiento de la Procuración de Justicia de Coahuila que se genera con las multas que provienen de ese sistema, se le añade así otro fondo igualmente valioso: El Fondo a Favor de los Ofendidos y Víctimas de Delitos.²⁹⁹ El que se constituye para pagar esos saldos insolutos en orden de prelación, según el tiempo de las liquidaciones que fijen los jueces en el incidente que deberá promover el Ministerio Público y hasta donde alcancen los recursos del fondo que se generan con las multas y los montos exhibidos de reparación del daño no reclamados por ofendidos o víctimas.

Sin embargo, el dejar sin más la procedencia de la vía a la obligación de que se repare el daño estimado, sin importar las posibilidades del imputado, equivale a condicionar la descriminalización a un mero factor

²⁹⁸ Según información verbal del catedrático Agustín Yáñez Castruita, que me proporcionó en entrevista durante el mes de noviembre de 2000, en su carácter de Coordinador de la Licenciatura en Derecho de la U. A. L., Torreón, Coahuila, México.

²⁹⁹ Ese Fondo a favor de las Víctimas del delito también se crea por el artículo 41 del CPDF, pero el mismo código sujeta a su vez su operación a “...los términos de la legislación correspondiente”. La cual debió expedirse durante el mes de septiembre de 2002 de acuerdo con el artículo TERCERO Transitorio del nuevo CPDF.

económico, cancelando así las posibilidades de muchas personas de exiguos recursos. Lo cual es incongruente con la postura que adopta el mismo CPC respecto a la concesión de la condena condicional y los sustitutivos penales donde sí se toma en cuenta esa imposibilidad para que no sea obstáculo —en esos casos— la procedencia de esos derechos.²⁹⁰ Además, aquella dirección va en desdoro de la garantía de igualdad, al desconocerse las diferencias que refleja nuestra realidad social y no proveer, por ende, un mecanismo de equidad que evite que esas desigualdades se reflejen en un trato discriminatorio, al dejarse la procedencia del sistema sólo en manos de quienes puedan pagar. Debiese importar así que el imputado hiciese realmente su esfuerzo —de acuerdo con sus posibilidades— de reparar el daño. Para que así se respeten las garantías de igualdad y de readaptación social, se evite el riesgo de castigar la pobreza y no se desconozca la máxima de que a lo imposible nadie está obligado. Sin lo cual no se puede impedir un fuerte tufo retribucionista, carente de visión, de sentido racional y sin que en esos casos nada resuelva. Porque intentar remediar el mal con otro mal, no es más, ni menos, que doblar el mal. Pero de ninguna manera otro mal puede compensar el anterior. Porque a final de cuentas, en esos eventos la víctima se queda sin que se le repare el daño aunque sea parcialmente. Y se procesaría a quién bien podría haber evidenciado su esfuerzo de reparar el daño en lo que le fuere posible dándose así validez al postulado de una socialización responsable. Quedaría así sin solucionarse —o al menos modificarse— el conflicto —a través de la mínima violencia al desviado y la máxima protección posible al no desviado—. Y porque, asimismo, una solución así va en demérito de una medida de política criminal que debiere atender a los fines de resocialización responsable que nuestro artículo 18 C. asigna como garantía al 'sistema penal'.²⁹¹

4) Igualmente, se aduce que el sistema de faltas penales propicia la reincidencia. En otras palabras, que carece de efectos preventivos generales. Pero la crítica carece de sustento, porque es bastante dudoso que así pase si se toma en cuenta los casos en los que procede la falta penal. Por ejemplo, sería interesante saber, ¿cuántas averiguaciones y procesos por ese tipo de casos se llevaron con el sistema anterior —antes del año 2000— en los últimos diez años, en los que se ejecutó una pena de prisión y con ello se evitó la reincidencia? Y respecto de los que no se ejecutó esa pena por sustituirse o suspenderla por libertad vigilada o multa, ¿en cuántos de ellos hubo reincidencia en un amplio sentido? ¿Será razonable pensar que si alguien incurre en delito culposo y después de que paga multa y se le obliga a reparar el daño, ello le facilite que reincida? Porque de ser así, entonces también sería más que razonable pensar que aquella persona reincidirá con más facilidad, si ni siquiera se ve precisada a pagar una multa y pago preventivo de la reparación del daño y sabe que podrá retrasar hasta por años la condena a la reparación; e incluso que la podría evitar. Pues todo eso era lo que precisamente sucedía con el sistema anterior, es decir, con el sistema penal tradicional y que todos conocemos. No se trata pues de simular justicia, sino de lograrla prontamente en el marco constitucional de los fines de nuestro estado de derecho.

²⁹⁰ Ver al respecto el artículo 87 del CPC.

²⁹¹ La condición de la reparación del daño o de la garantía de su reparación también se establece para la procedencia de los sustitutivos, la condena condicional y derechos de libertad anticipada durante la ejecución de la pena de prisión, al igual que para la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena en el CPF y el CPDF. La postura de la legislación costateña es menos severa y más racional en esos aspectos. Por una parte, el CPC sujeta la procedencia de los sustitutivos y de la condena condicional a tal condición, pero ella se podrá cumplir en libertad en los plazos que autoriza el juez y sólo será motivo de revocación de la condena condicional y los sustitutivos cuando se dé el impago de la reparación y el inculpaado esté en posibilidad de cubrirlo. Por el otro, la *Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restricciones de la Libertad del Estado de Coahuila* no consigna ese requisito para que actualicen los derechos de libertad anticipada, remisión parcial de la pena y libertad preparatoria.

5) ¿Pero qué decir acerca de la pena de prisión en esos casos de faltas penales? ¿Pues qué acaso no se le podría imponer aquella al inculcado mediante un proceso? Así —se estima— que el sistema de «faltas penales» presenta el inconveniente de evitar la pena de prisión y de que se haga justicia. Sin embargo, la crítica vuelve a incurrir en miopía y sólo genera un “espejismo” de esa pretendida y supuesta justicia. Pues de no existir el sistema de faltas penales y si se volviera al sistema anterior, el inculcado tampoco sufriría esa pena de prisión. Pues tan en el sistema anterior como en el actual, esa pena de prisión de ordinario se suspende —y no se ejecuta— pues se conmuta por multa o libertad vigilada. En efecto, a un buen entendedor no escapa en lo absoluto que en esos casos, si el delito es de penalidad alternativa o con una pena legal máxima de prisión de escasa cuantía —que es una de las condiciones para que se le pueda considerar como falta penal— aquél no ameritará prisión preventiva; y, además, que por ser exigua la pena legal máxima de prisión, de ordinario procederá la condena condicional cualquiera que sea la pena judicial que se imponga. Cabe mencionar que la aplicación de la libertad vigilada en vez de la pena de prisión —a través de la condena condicional— está vigente en todos los códigos penales de la república mexicana. Y que la condena condicional data desde 1871 en el Código Penal de Martínez de Castro. Por lo tanto, lo único que habría conseguido la proposición de la contrarreforma que se intentó con el aliento de ciertos altos sectores oficiales de la procuración de justicia, en el sentido de que se derogara el sistema de «faltas penales —y la cual afortunadamente se frustró en Coahuila— sería volver a empeorar las cosas. Al retrasar por años en esos casos la reparación del daño al ofendido; con lo cual —se repite— a la víctima se le vuelve también rehén del proceso. Además, se volverían a criminalizar sin necesidad conductas no graves. También se regresaría a aumentar la carga de trabajo del Ministerio Público y la de los juzgados, de la cual, las propias autoridades reconocieron que había miles de ordenes de aprehensión pendientes de resolver y de cumplir.²² Y todo ello para conseguir ¡nada! Si no es que agravar la disfuncionalidad del sistema penal. ¿O qué por ventura se trataría sin más de criminalizar conductas no graves como si fueran delitos graves? ¿Y de que a esas personas se les impusiera sin más penas de prisión que debieron necesariamente cumplir? Si así fuera, el signo autoritario sería ineludible. Sin otro motivo y fin, mas que el de un retribucionismo miope e irracional. Y con un criterio de prevención igual de insensato. Además, significaría un muy peligroso vuelco de política criminal, sería otorgarle al Estado carta blanca para que ejerza el poder punitivo. Porque de continuarse con esa tendencia, mucho antes que tarde sería un poder que se volvería contra la sociedad. Se hacinaría más gente en las ya atestadas cárceles. Se propiciaría la desintegración familiar. Y se le devolverían a la comunidad personas con la contaminación criminógena de las prisiones y con la mácula injusta de delinquentes. Nadie saldría ganando. Ni la sociedad, ni el ofendido, ni la justicia. Y mucho menos el espíritu de la Constitución por el que se aspira a un estado de derecho o democrático.

²²En comparecencia del 29 de octubre de 2002 ante el Congreso del Estado de Coahuila con motivo de la glosa del tercer informe de gobierno, el *Procurador General de Justicia del Estado* manifestó que al inicio del año 2000 había más de 5,500 ordenes de aprehensión pendientes de ejecutar, sin contar las que estaban pendientes de resolver en los juzgados penales del Estado, mientras que a casi tres años después, aquél número se había reducido en más del 50%. (*Dirección de Asuntos Parlamentarios del Congreso del Estado*; Palacio Legislativo; Saltillo, Coahuila, México, octubre de 2002.) Por su parte, en el Informe Anual de labores del Poder Judicial del Estado de Coahuila, se revela que a noviembre de 2002 había sólo 163 ordenes pendientes de resolver en los juzgados penales del Estado. (*Boletín de Información Judicial* número 7, julio-diciembre 2002, Año III, Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza; Saltillo, Coahuila, México, diciembre de 2002, p. 67.)

Aunque toda ley es y será siempre perfectible y sí cabe admitir —con ciertos «límites»²⁸³— que la reiteración sea impedimento para acceder al sistema de faltas penales. Incluso, que en los casos de habitualidad no cupiese después beneficio alguno en la sentencia y que la persona deba sufrir necesariamente la pena de prisión —o parte de ella— que se llegue a imponer previo el debido proceso penal. Porque la necesidad social de esa sanción en aquellos supuestos deviene de la probada insuficiencia de la medida alterna de prevención especial y de las ineludibles exigencias de la prevención general que en esos casos se derivan para el habitual. Empero, el que el habitual debiere cumplir con una pena corta de prisión en tales condiciones no tiene porque volver forzosamente nugatoria su garantía de readaptación social. Por lo tanto, durante la ejecución el sentenciado debe poder acceder a aquélla, aunque sólo sea limitadamente a través de ciertos institutos, como la remisión parcial de la pena o equivalentes que se sustenten en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación de acuerdo con el artículo 18 C.

2. La querrela y el perdón del ofendido como causas de extinción de la acción penal en la perspectiva del principio de intervención mínima. La querrela y el perdón del ofendido —como límites al ejercicio de la acción penal y de la jurisdicción— surgieron por razones político-criminales distintas a las que animan al principio de reserva del Derecho Penal. Como lo fue y es la protección a la privacidad y dolor de la víctima —entre otras consideraciones— para ciertos delitos como el estupro, atentados al pudor —no violentos—, abuso de confianza etc. Mas esas razones no son ahora las únicas en las que se sustentan aquellos límites con relación a otros muchos delitos.

En la perspectiva del principio de intervención mínima —aunque con un discurso diferente— surgió en parte la fundamentación político-criminal de la querrela del ofendido como condición de persecución de ciertos delitos culposos con motivo del tránsito de vehículos, a los cuales ahora se les suma un número importante de delitos contra el patrimonio en el CPF, el CPDF y el CPC. En lo que se refiere a la persecución de los delitos culposos, sabido es que cuando aquellos se cometen con motivo del tránsito de vehículos se estableció a la querrela como condición de procedibilidad en gran parte de los códigos penales. Tal fue el caso de Coahuila, pues el CPC condicionó la persecución de dichos ilícitos a la formulación de la querrela cuando el conductor no se hubiere encontrado bajo el influjo del alcohol, estupefacientes u otras sustancias análogas. Al fundamentar esos cambios se dijo que la experiencia cotidiana enseña que un cúmulo de procedimientos que se tramitan ante las agencias del Ministerio Público, tiene como origen conductas imprudentes que culminan en el resultado típico del daño y la lesión.²⁸⁴ Y que, en incontables ocasiones, lo que más interesa a la parte ofendida es la reparación del daño que sufrió. Las consideraciones anteriores, aunadas a otras que se conectan a la fluidez en la administración de justicia y la de impedir la «fabricación de delincuentes», motivó para que ciertas lesiones o daños culposos por tránsito de vehículos solo se persigan de oficio cuando se deja en estado de abandono al ofendido; o el conductor se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias análogas. Como Sergio García Ramírez lo afirmó en su oportunidad: (...) si bien es cierto que un criterio rigorista pudiera objetar el retorno de estas conductas de la esfera de la pura y sola represión pública,

²⁸³ Los relativos a los términos que prevé la ley para que la reiteración de delitos sea impedimento para tener ciertos derechos.

²⁸⁴ Exposición de Motivos de la reforma cit. por Sergio García Ramírez, en *La Reforma Penal de 1971*, Editorial Botas, México, 1972, p. 9.

en estricto sentido, a la de los llamados delitos privados, aparejándose de tal suerte una privatización más en el ámbito del Derecho Penal; también lo es que, en mérito de las consideraciones arriba expuestas no parece haber razón en las demasiado radicales medidas punitivas fijadas para los casos que ahora nos ocupan.²⁶⁵ Se pensó, igualmente, que esa medida podía acarrear una más rápida y expedita —y, por ello, principalmente benéfica— reparación de los daños que se causen con tales conductas imprudentes. (...) Ello resulta —nos dice el tratadista mencionado— en prohiar tácitamente el entendimiento entre el heridor y herido; dejándose a un lado, de este modo, el difícil camino que conduce por la vía penal, a la reparación del daño”.²⁶⁶ En Coahuila se fue más allá. Pues en la Exposición de Motivos del nuevo CPC se consideró que: (...) la experiencia demuestra con motivo del tránsito de vehículos y otros casos similares, que las víctimas pueden ser parientes cercanos y allegados al agente de la conducta culposa. En estos eventos, el instaurar un juicio penal en contra del homicida imprudencial del padre, de la madre, del hijo o de la hija, de la esposa, de la hermana o del hermano, del primo o del cuñado, etcétera; incuestionablemente origina más daño social del que ya se produjo. Cuenta habida que al natural sufrimiento por la pérdida del ser querido se suma un proceso punitivo que bien puede redundar en la desintegración y desamparo de la familia.²⁶⁷

Ante tal panorama, en el CPC se da un trato jurídico diverso a este tipo de lamentables hechos. Por una parte, tratándose de homicidio culposo que cometa el conductor de un vehículo y lo sujetos pasivos resulten ser parientes consanguíneos en línea colateral hasta el cuarto grado del inculpado, sólo se perseguirá por querrela de los parientes más cercanos o de sus representantes legítimos. Por otro lado, se exime de sanción penal al sujeto activo cuando el pasivo sea descendiente, ascendiente, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario, o hermano del conductor. Pero en ambas hipótesis se condiciona a que el autor, al momento de la realización del hecho, no se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos análogos y no hubiese abandonado a la víctima, pues en tal evento no operará la excusa y el ilícito se perseguirá de oficio. Postura que ahora asume el artículo 139 del nuevo CPDF. En los últimos casos, parece ser que el legislador estimó que el conducir un vehículo en estado de intoxicación revela desprecio a las normas de cuidado y convivencia. Las que incluso se deben extremar cuando se tripula un vehículo ocupado por otras personas y más si son de la familia del conductor. De esa manera, pareciere ser que prevalecieron los factores preventivos de carácter negativo. Cabe mencionar, empero, que a partir de las reformas al CPF de 1993 —al igual que en el CPC de 1999 y el CPDF de 2002—, la querrela como condición de procedibilidad de la acción penal y límite a la jurisdicción, así como el perdón en esos delitos perseguibles por querrela, como motivo de extinción de la acción penal, se amplió a un número importante de delitos dolosos contra el patrimonio de las personas y a otros grupos de delitos.

Más la tercera vía de un Derecho penal alternativo sigue ampliando sus horizontes. Veamos.

3. La "conciliación" en ciertos delitos como vía alterna que extingue la acción penal. Es importante reparar en la "conciliación" —que también establece el nuevo CPPC— como camino en sí mismo alternativo

²⁶⁵ Sergio García Ramírez, *La Reforma Penal de 1977*, p. 11.

²⁶⁶ *Idem*, pp. 11 y 12.

²⁶⁷ *Exposición de Motivos del nuevo CPC*, Apdo. II, p. 193.

del proceso y de las penas que afectan la libertad. Así, el artículo 5° del CPPC prevé con relación a la "conciliación" que (...) el Ministerio Público podrá promover la conciliación entre el ofendido, víctima e inculpaado en los delitos que sólo se persiguen previa querrela y en los perseguibles de oficio en los que el código penal autorice el inejercicio de la acción penal por perdón del ofendido o acto equivalente.²⁸⁶ A su vez la fracción V del artículo 8° del mismo código señala que: (...) El Ministerio Público determinará el no-ejercicio de la acción penal o se desistirá de ésta, según corresponda, cuando se cumpla el convenio de conciliación antes o después de iniciar la averiguación previa, en los casos que este código prevé. Y el artículo 196 del citado ordenamiento dispone que: (...) Antes de iniciar la averiguación o durante ésta y sin perjuicio de las primeras medidas, el Ministerio Público tratará de conciliar al ofendido, víctima e inculpaado en los delitos que sólo se persiguen previa querrela y en los perseguibles de oficio que el código penal autorice el inejercicio de la acción penal por perdón del ofendido o reparación del daño. La conciliación a que se llegue será motivo para que se suspenda la averiguación previa y la prescripción de la acción penal. Para que la conciliación pueda ser motivo de extinción de la acción penal, será necesario que el convenio se cumpla o se formule perdón del ofendido. El incumplimiento del convenio dará lugar a que se inicie la averiguación o que ésta continúe.

Sin embargo, el CFPP y el CPPDF no siguen tal ruta. Así, el artículo 271 del CPPDF autoriza los convenios entre el inculpaado y la víctima o el ofendido y sus causahabientes en los delitos que sean competencia de los jueces de paz o cuando siendo de los juzgados penales, el delito no exceda de una pena máxima de cinco años de prisión,... ¡pero sólo como forma de eximirse de la retención por flagrancia! Mientras que la fracción X del artículo 2° del CFPP autoriza al Ministerio Público Federal a promover la conciliación entre... ¿las partes?... sólo cuando ella proceda. Mas el mismo CFPP... ¡no prevé cuándo es procedente la conciliación! ¡Ni tampoco señala qué efectos produciría!

4. La reparación del daño y el perdón del ofendido en ciertos delitos no graves perseguibles de oficio como vías alternas que extinguen la acción penal. Por otro lado, cuando en 1991 Claus Roxin publicó el tomo I de su obra de Derecho Penal planteó en ella a la reparación del daño como «tercera vía» del Derecho Penal. Y señaló que en los últimos años en Alemania se discutió vivamente la cuestión y se estudiaban proyectos modelo de la reparación del daño como sanción novedosa frente a las penas y medidas de seguridad, lo que podía dar lugar a esa «tercera vía» del Derecho Penal. Pues con ello se sirve más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de la libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor. Y destacó, además, que investigaciones empíricas también han demostrado que en casos de pequeña o mediana criminalidad, la víctima y la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima. De aquí que el prestigiado autor alemán proponga que en ciertos casos se permita prescindir de la pena, remitirla parcialmente o atenuarla obligatoriamente. Igualmente, el que se incluya en la misma ley penal

²⁸⁶ Estos delitos perseguibles de oficio en los que cabe la extinción de la acción penal por perdón, reparación del daño o confesión, son los que no sean graves, no se cometan contra menor de 12 años de edad, no se cometan con la intervención de servidor público con motivo o en ejercicio de sus funciones y no se trate de reiteración delictiva real o ficta. (Artículo 155 del CPC.)

a la misma reparación del daño dentro del sistema jurídico-penal de sanciones.³⁰⁰ Asimismo, en este mismo capítulo ya di cuenta del "Proyecto alternativo sobre Reparación Penal" que en 1992 se presentó en Alemania por la corriente alternativa.³⁰¹

Pues bien, en Coahuila se inició un movimiento reformador con aquella orientación desde 1983 —es decir, nueve años antes de que se publicara en Alemania el primer tomo de la gran obra de Roxin y ocho años antes del Proyecto Alternativo Alemán—. Desde entonces, en Coahuila se ha venido a regular profusamente no solo a la reparación del daño como sanción penal, sino, además, a aquella se le estimó como una «tercera vía» del Derecho Penal. Política con la que continuó el nuevo CPC de 1999. Al concluir el siglo Coahuila ya tenía, pues, más de diecisiete años en la misma dirección que la «tercera vía» del derecho penal propuesta formalmente en Europa a principios de la última década del siglo XX, misma que se reafirmó con la reforma a las faltas penales de 2001. En la *Exposición de Motivos del nuevo CPC* de 1999 se dijo: (...) reiteramos aquí los principios de estricta reserva y racionalidad del Derecho Penal. Con el propósito de procurar alternativas que reduzcan la inflación procesal penal, cuando sea innecesaria la consecución de un proceso penal a efecto de obtener la justa indemnización y mantener la debida tranquilidad social.³⁰¹

Así pues, en el curso de veinte años la legislación penal de Coahuila desarrolló esa tercera vía alternativa al introducir tres nuevas instituciones que la colocaron a la vanguardia de los ordenamientos de su género: la suspensión a prueba del proceso por ofrecer reparar el daño, la libertad bajo protesta por reparación del daño y el sobreseimiento por reparación del daño en delitos contra el patrimonio. En todas ellas tuve la oportunidad de participar en la propuesta y redacción de las mismas. Dichas instituciones —no obstante todas sus iniciales imperfecciones que paulatinamente se superaron en gran parte— se convirtieron en algo común en el lenguaje de abogados y en la práctica cotidiana en las agencias y tribunales coahuilenses. En el fondo y a la larga contribuyeron a la despresurización penal y, mejor aún, a la reparación del daño en favor de los ofendidos y las víctimas. Procurando así la máxima satisfacción y la mínima violencia posibles. Sin embargo, en no pocas ocasiones la regulación separada de las instituciones y sus distintos requisitos de procedencia favorecieron la confusión. En tanto se daba un tratamiento desigual a situaciones que obedecían a fundamentos y motivos paralelos. Esto, por cierto, se apartaba de una política criminológica congruente. Por ejemplo: ¿Qué motivo había para regular una libertad bajo protesta por garantía de la reparación del daño, cuando el propio CPPC permitía la libertad provisional bajo caución, precisamente, si se garantizaba dicha reparación? ¿Y qué razón existía para suspender el proceso por la misma razón por la cual sólo se concedía la libertad provisional bajo caución? ¿Qué motivos había para que la reparación del daño sólo diera lugar al sobreseimiento del proceso y no para que pudiera originar el no-ejercicio de la acción penal durante la averiguación previa? Por ello y para evitar las duplicidades, incongruencias y lagunas —según se dice en la *Exposición de Motivos del nuevo CPC* de 1999— se canceló la suspensión a prueba del proceso y la libertad bajo protesta con motivo de la

³⁰⁰ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1999, pp. 108 y ss.

³⁰¹ Ver en este Capítulo, el número III apartado C, *La tercera vía: la reparación del daño*.

³⁰¹ *Idem.*, *Exposición de Motivos del nuevo CPC*, Apdo. II, p. 195.

reparación del daño.³⁰² Pero la derogación fue para sustituir esas instituciones por otras nuevas. Porque la égida del principio de reserva en el Derecho Penal no se detuvo. Al contrario, el nuevo CPC de 1999 fundió las restantes instituciones en una sola más vasta —coherente y racional— que deviene afin con aquellos postulados y la que opera como «causa de extinción de la acción penal». Con lo cual se amplió la «tercera vía»: *La reparación del daño en delitos no graves determina la extinción de la acción penal la cual obliga al inajercicio de la acción penal o al sobreseimiento del proceso, según cuando aquella se dé.*

Ahora, en la mayoría de los delitos no graves perseguibles de oficio en los que el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de seis años, la legislación de Coahuila no sólo faculta al Ministerio Público para que en la averiguación previa promueva la conciliación; sino que, además, prevé la «extinción» de la acción penal en caso de reparación del daño o convenio cumplido, de perdón, o por simple confesión si no hay ofendido o éste es no identificable o falte daño específico y no se trate de delitos graves, siempre y cuando el inculpado no sea reincidente real o ficto. Causas de extinción de la acción penal que motivan el no-ejercicio de la acción penal o que el juez sobresea el proceso, según el caso.

Tal «tercera vía» se limitó a una sola ocasión. El motivo es racional si se atiende a razones de prevención especial y general. Porque al ser la primera vez y, en su caso, dado el perdón o la reparación del daño, no cabría esperar uno nuevo. De aquí entonces que —desde esa perspectiva— no sea irracional una política criminal en la cual la reiteración delictiva —real o ficta— sea el freno o impedimento razonable para que se omita procesar al sujeto; y para que, en su caso, se le imponga una pena privativa de la libertad aunque se repare el daño, no exista interés del ofendido en su castigo e incluso se dé el perdón.

Por su parte, el CFPP y el CPPDF adoptan una postura mucho más restringida con relación a la reparación del daño como motivo de sobreseimiento del proceso que la del sistema penal coahuilense. Así, el artículo 138 del CFPP y el artículo 660 del CPPDF autorizan el sobreseimiento sólo en los delitos culposos que produzcan daños en propiedad ajena y/o lesiones de los comprendidos en los artículos 289 y 290 del Código Penal, si se cubre la reparación del daño al ofendido o a la víctima, el inculpado no haya abandonado a aquellas ni haya actuado hallándose en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes o psicotrópicos y la culpa no sea grave.

5. La reducción de pena mínima, la condena condicional, los sustitutivos penales y otras sanciones como medidas alternas a la de prisión. Con lo que hasta aquí se expuso se podrá apreciar con facilidad que la idea de intervención mínima del *jus puniendi* que se adopta como política criminal penetra de manera amplia y profunda en el sistema penal coahuilense. Al abarcar a mucho más de la mitad de las conductas que tanto en el propio código penal como en el ámbito estadístico se contemplan actualmente como delitos y se castigan con prisión. Lo que se refuerza más con los criterios legales que hacen posible no sólo la atenuación de la punibilidad judicial, sino incluso la reducción de su grado mínimo por concurrir varias o ciertas circunstancias atenuantes. Los que más bien miran al principio de proporcionalidad de la pena con la gravedad de la culpabilidad y la necesidad social preventiva de la pena concreta a efecto de favorecer la reinserción social. Además, en dichas circunstancias especiales que atenúan el grado de punibilidad judicial destacan las afusivas a la «tercera vía», como son las de los incisos 3) y 4) de los artículos 72 y 74 del nuevo CPC, que

³⁰² Exposición de Motivos del nuevo CPC, pp. 461 y ss.

prevén especial atenuación de la pena (...) cuando el agente evitó, reparó o disminuyó los efectos; o dio satisfacción a la víctima; o lo intentó realmente; como cuando el agente confesó a las autoridades su intervención en el hecho; o ayudó a su esclarecimiento. Y, por otra parte, la discutible oblación o sentencia negociada: la que con ciertos límites se plantea en el proceso penal como medio para reducir de manera sustancial la pena de prisión y abreviar el proceso penal, a cambio de la confesión u otro auxilio auténtico y eficaz a la justicia. A ello se le suma el amplio giro y el tratamiento novedoso que el CPC da a la condena condicional, tal como ahora se le regula a través de los sustitutivos penales de libertad vigilada, reclusión intermitente, trabajos a favor de la comunidad y la propia multa sustitutiva; junto con las medidas de seguridad que aquella apareja. Y de los que en su oportunidad me ocuparé.³⁰³

Solo baste señalar que los llamados sustitutivos penales —escasa y deficientemente regulados en el CPF— no tendrían porque reducirse a los mencionados.³⁰⁴ Las posibilidades de medidas alternas diferentes son vastas. Ya sea porque en la misma ley penal desplacen a la pena de prisión que se asigne a ciertos delitos en particular. Ya sea que se conciban como sustitutivas a la pena de prisión. Así, en los artículos 84 y 85 del CPC se prevé que el juzgador al aplicar el régimen en libertad vigilada, de semilibertad o de trabajos a favor de la comunidad determinará que aspectos de los derechos del sentenciado se limitarán y/o suspenderán, tomando en cuenta la naturaleza del hecho, las circunstancias en que se realizó y las personales del sentenciado; de tal modo que los sustitutivos sirvan a la vez como sanción, medida preventiva adecuada a proteger a la sociedad, ofendidos o víctimas e incorporar a aquélla al sentenciado. La limitación o suspensión de derechos podrá referirse a uno o más, o la combinación de los aspectos siguientes: 1. La conducción de vehículos de motor. 2. La permanencia en el domicilio durante determinado horario en uno o más días de la semana. 3. La residencia en una sola vivienda; prohibición de acudir a determinados lugares o acercarse a ciertas personas. 4. La posesión y portación de arma. 5. El consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos. 6. El ejercicio profesional. 7. La realización de determinadas ocupaciones. 8. El ejercicio de derechos familiares, en especial si se trata de violencia intrafamiliar. 9. La custodia, la tutela y la adopción. 10. El albaceazgo; y 11. Otros de similar naturaleza.

Hoy en Coahuila se erige un vasto ramillete de instrumentos ante-procesales, procesales y penológicos que, además de sus fines específicos, a través de la reparación del daño o causas equivalentes tienden racionalmente a reducir el exceso en la aplicación de la pena de prisión y a hacer efectivos con esos medios el principio de intervención mínima y el fin de socialización responsable asignado al sistema penal que se desprende del artículo 18 C. A la vez que se orientan a una justicia distributiva penal más acorde con las bases antropológicas y constitucionales del Derecho Penal; contemplando nuestra realidad social, respetando la dignidad humana y el espíritu del estado de derecho que mana de nuestra Constitución.

6. Algunas consecuencias del Derecho Penal Alternativo como derivación del principio de intervención mínima. En el Estado de Coahuila los reportes oficiales de los años 2000, 2001 y 2002 —

³⁰³ Ver CAPÍTULO DECIMOQUINTO, número IV: Los fines constitucionales de la pena y las penas alternas (sustitutivos penales), en este trabajo.

³⁰⁴ Ver los artículos 27 y 70 a 76, tan del CPF como del CPDF.

dados a conocer por medio de la prensa³⁰⁵ y de manera oficial por la Procuraduría General de Justicia y el Poder Judicial del Estado³⁰⁶— revelan datos inauditos y sorprendentes hasta esos momentos.

El índice de averiguaciones previas que se concluyeron en la Delegación Sureste de la Procuraduría General de Justicia del Estado durante el año de 2000 fue de 90% con relación al número de las que se iniciaron ese año.³⁰⁷ Y ese índice aumentó a 117% al fin de 2001. Esto es, en el 2001 se concluyeron más averiguaciones previas que las que se iniciaron. Lo que significa un abatimiento real del rezago de averiguaciones de años anteriores. Datos de por sí extraordinarios y significativos como indicadores de eficacia. Y más aún si se les compara con la media nacional en 1997 de alrededor del 43%. —En la cual se incluía a Coahuila, según le llegó a ubicar el joven y ya distinguido investigador Zepeda Leucona—. ³⁰⁸ Pero igual o más revelador es la forma en que las averiguaciones terminaron. Así, durante el año de 2000 en aquella Delegación se iniciaron 8,483 indagatorias y se resolvieron 7,652. De las cuales se ejerció acción penal en 2,992, mientras que otras 4,304 concluyeron con no-ejercicio de la acción penal.³⁰⁹ Y de estas: 3,680 averiguaciones previas concluyeron legalmente mediante vías y medidas alternas (falta penal, conciliación, perdón y reparación del daño.) Ello equivale al 43% del total de averiguaciones iniciadas en esa Delegación en el año de 2000. Tal índice se incrementa de manera sustancial en el año de 2001. Pues en esa misma Delegación se iniciaron 7,740 indagatorias y se resolvieron 9,114. De las que se ejerció acción penal en 2,133. Mientras que otras 6,981 cerraron con no-ejercicio de la acción penal,³¹⁰ al terminar mediante vías alternas. Lo que equivale al 90% de averiguaciones previas resueltas por esas vías de todas las que se iniciaron en el año de 2001. La historia no termina ahí. Pues en el 2000 se consignaron 1,514 causas penales en el único Juzgado Penal Local Letrado de ese Distrito Judicial³¹¹. De ellas 954 fueron por delitos con penalidad alternativa. Y los cuales no merecen orden de aprehensión ni prisión preventiva. Y de los que casi sin excepción —de haber sentencia condenatoria— ameritarán condena condicional (que en Coahuila aparece aplicar algún sustitutivo penal). Aquella cifra equivale a un 11% más de causas penales que en el año 2000 se trataron con medidas alternas. Por otra parte, están los restantes 560 procesos en ese juzgado en los que la pena judicial de prisión precisamente permitirá la aplicación de la condena condicional.³¹² Y ello es como se indica, porque aquí

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

³⁰⁵ Periódico *Palabra*, Sección *Saltillo: Seguridad*, Saltillo, Coahuila, México, 4 de enero de 2001, p. 8B.

³⁰⁶ Los datos me fueron proporcionados personalmente el 3 de abril de 2002 por el Lic. Gerardo Antonio Pérez Pérez, Delegado de la Región Sureste de la Procuraduría General de Justicia de Coahuila.

³⁰⁷ Los casos que conoce esa Delegación representan poco más del 35% del volumen total de averiguaciones previas en el Estado.

³⁰⁸ Guillermo Zepeda Lucona, "Expectativas de justicia deliradas: la actuación de las procuradurías de justicia en el esclarecimiento y la persecución de los delitos", en *Diálogo y Debate*, N° 12, Centro de Estudios para la Reforma del Estado, México, junio de 2000, pp. 151-176. Nota. El número de procesos no lo puedo precisar porque sólo cuento con el estudio vía Internet, en www.cidac.org.

³⁰⁹ De las 3574 averiguaciones que concluyeron con no-ejercicio de la acción penal, 3,038 fueron por vías y medios alternos. Esto es, 865 averiguaciones fueron por falta penal que equivale al 12.21% de todas las que se iniciaron ese año. 23 averiguaciones por conciliación (0.3%) 337 averiguaciones por reparación del daño (4.75%) Y 1813 averiguaciones por perdón del ofendido (25.6%).

³¹⁰ De las 3574 averiguaciones que concluyeron con no-ejercicio de la acción penal, 3,038 fueron por vías y medios alternos. Esto es, 865 averiguaciones fueron por falta penal. (12.21%) 23 averiguaciones por conciliación. (0.3%) 337 averiguaciones por reparación del daño. (4.75%) Y 1813 averiguaciones por perdón del ofendido. (25.6%)

³¹¹ Información que proporcionó personalmente al autor, el Licenciado Juan Sánchez Irujú, Juez Local Letrado en Materia Penal del Distrito Judicial de Saltillo, Coahuila; en la ciudad de Saltillo, Centro de Justicia, el 9 de agosto de 2001.

³¹² Por lo que atañe a las 536 averiguaciones concluidas en el 2000 en la región sureste de Coahuila, por motivos diversos a los que se señalaron, en parte podrían ser de las que se declaró la «caducidad de la averiguación» (figura legal que prevé el artículo 270 del CPPC y que obliga al Ministerio Público a dar por concluida la averiguación y determinar el inejercicio de la acción penal sólo si se trata de delitos no graves y no haya sido posible obtener ningún medio de prueba durante un lapso de dieciocho meses por causas que no sean atribuibles a la misma institución y no haya pendiente alguna petición de desahogo de medio de prueba, determinación que es impugnada por los ofendidos, las víctimas o sus abogados, asemejándose así esta nueva institución a la previsión legal alternativa que obliga al Ministerio Público después de cierto tiempo a pronunciarse con relación al ejercicio de la acción penal, según la menciona Zepeda Lucona en el estudio citado en la Nota anterior. Pero igualmente, dentro de aquella cifra podrían estar otras averiguaciones previas en las que el inejercicio se podría haber declarado por prescripción de la acción penal. Al menos éste último motivo, ciertamente indicaría ineficacia más que favorecer lo contrario. Aún así, dados los números y porcentajes que originan esta Nota, es dudoso que el número de prescripciones fuere significativo para reducir sensiblemente el

juzgado solo es competente para conocer de delitos cuya pena legal máxima de prisión no exceda de seis años. (La cual en el CPC es a la vez el límite máximo de la pena judicial de prisión para que proceda la condena condicional.) Ello implica un 6.6% más de asuntos a tratar con medidas alternas, de todos los que se iniciaron ese año de 2000 en aquella Delegación. Lo que en total suma poco más de 60% de causas resueltas durante el año de 2000 con medidas alternas. Y sin que en ese porcentaje se incluyan los casos que pudieron terminar de igual forma durante los procesos penales en los juzgados penales de primera instancia. Ya que cabe recordar que en esos procesos penales también es posible que se dé el sobreseimiento por la reparación del daño o en virtud de perdón en delitos no graves. O bien que en ellos se dé la condena condicional al no exceder la pena judicial de seis años de prisión. Por último, el 30 de octubre de 2002, el Procurador General de Justicia del Estado informó al Pleno del Congreso del Estado de Coahuila que *durante el período que comprende de enero a septiembre de 2002 se integraron 14,028 averiguaciones, de las cuales 5,478 concluyeron con consignación y las restantes se resolvieron por medios alternos bien sea por perdón, reparación del daño, convenios de conciliación o faltas penales, lo cual significa casi un 62% de asuntos concluidos por medios alternos durante la averiguación previa, sin incluir lo que puedan terminar de igual modo en los tribunales, ya que aquellos medios permiten el sobreseimiento del proceso cuando el delito no sea grave, entre otras condiciones.*³¹³ **En síntesis, más de tres de cada cuatro averiguaciones y causas penales que se iniciaron durante el período de 2000-2002 en Coahuila, concluyeron o fueron tratadas por vías y medidas alternas al proceso penal o la prisión.** El Procurador también destacó que en el período comprendido de 2000 a 2002 se redujo en más del 50% el número de ordenes de aprehensión pendientes de ejecutar en todo el Estado de Coahuila (de más de 5,500 a finales de 1999 a menos de la mitad en 2002). E informó, asimismo, que en dicho período de tres años (2000-2002) disminuyó el índice de todos los delitos en una media del 10%. Presentándose las tasas más altas de reducción en los homicidios dolosos y en los robos de cualquier clase.³¹⁴ Por su parte, en el Informe Anual de Labores del Poder Judicial de noviembre de 2002 se comunica que en todos los juzgados penales del Estado sólo había 163 peticiones de ordenes de aprehensión pendientes de resolver.³¹⁵

Christian Jäger dice que en Alemania... [L]as penas privativas de libertad en los últimos diez años (1991 a 2000) alcanzaron un promedio del 6%. En cambio para el 80% a 84% de todos los casos sólo se impusieron penas pecuniarias.³¹⁶ En agosto de 2000, durante una reunión formal de abogados, catedráticos e investigadores de la Facultad de Jurisprudencia de la UA de C de la ciudad de Saltillo con los maestros Gimbernat Ordeig (de España) y Claus Roxin (de Alemania), éste manifestó a pregunta expresa mía: Que en Alemania el promedio de los asuntos penales que se resuelven o tratan con vías o medidas alternas supera el 90% y que los índices de criminalidad en ese país se pueden considerar de los más bajos. Pues bien, según

aparente grado de efectividad de la Procuración de Justicia con relación a las averiguaciones previas en la región sureste del Estado de Coahuila. Resta ver qué clase de delitos quedan sin resolver y en cuáles y cuántos de los que consignaron hay eficiencia y eficacia. El 29 de octubre de 2002 el Procurador General de Justicia informó al Pleno del Congreso del Estado, que durante el período de 2000-2001 el porcentaje de ordenes de aprehensión concedidas con relación a las solicitudes fue de 83% y que en el período de enero a septiembre de 2002 ese porcentaje fue de 90%, aunque no mencionó cuántas se negaron y lo que es más importante, cuál es el porcentaje de las ejecutadas. Ver fuente en nota siguiente.

³¹³ Comparecencia del 29 de octubre de 2002 del Procurador General de Justicia del Estado al Congreso del Estado de Coahuila con motivo de la glosa del tercer informe de gobierno; Dirección de Asuntos Parlamentarios del Congreso del Estado; Palacio Legislativo; Saltillo, Coahuila, México, octubre de 2002.

³¹⁴ Periódico *Palabra*, Sección *Saltillo: Local*, Saltillo, Coahuila, México, 17 de diciembre de 2002, p. 28.

³¹⁵ *Boletín de Información Judicial* número 7, julio-diciembre 2002, Año III, Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza; Saltillo, Coahuila, México, diciembre de 2002, p. 67.

³¹⁶ Christian Jäger, *La pena de muerte y política criminal*, op. cit., pp. 85 y 86.

reportes de la Secretaría de Gobierno del Estado de Coahuila en vinculación con las Secretarías de Gobernación y de Seguridad Pública del Ejecutivo Federal: La tasa de criminalidad en Coahuila está por debajo de la media nacional. Coahuila se encuentra dentro de los tres estados con la tasa más baja de criminalidad.³¹⁷ Y eso aunque el número de casos que se solucionaron con vías y medidas alternas en ese estado bien se puede decir que rondó a lo menos en un 75% promedio durante el lapso que comprenden los años de 2000 a 2002.³¹⁸

7. Excurso: La reparación del daño y las garantías de ofendidos y víctimas. En cuanto a los derechos de víctimas y ofendidos, a partir del 23 de agosto de 2000 el apartado B del artículo 20 C. establece las siguientes garantías:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal. II. Coadyuvar con el Ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. Cuando el Ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa. III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia. IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño. V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley. Y, VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

Aunque esas garantías iniciaron su vigencia constitucional a partir del 23 de agosto de 2000, mientras que el CPF y el CPDF datan del 17 y 18 de mayo de 1999 —según Decretos de esas fechas publicados en el Diario Oficial de la Federación—; en tanto el CPC y el CPPC iniciaron su vigencia el 10 de septiembre de 1999—: ¿En qué medida dicha legislación secundaria cumple ahora con las garantías constitucionales de víctimas y ofendidos? La reparación del daño se sistematiza en los artículos 29, 30 a 39, 61, 76, 85, 91, 93, 115, 228, 276 Bis y 428 del CPF, y en los artículos 2, 136, 141, 293, 399, 489 a 493 y 533 del CFPP. Al igual que en los artículos 41 a 50 del nuevo CPDF, y en los artículos 2, 9, 35, 317, 460, 532 a 540, 556, 569, 572 y 660 del CPPDF. Por su parte, la reparación del daño se regula en los artículos 103 a 131 del nuevo CPC, y en los artículos 1°, 6° fracción IV, 45 a 50, 588 a 592, 599, 610, 613, 662 a 666, 708 y 710 y 727 del nuevo CPPC. Entre esos códigos destacan los elementos comunes y las diferencias que se apuntan en los cuadros siguientes:

NOTA. Simbología de los cuadros: La ✓ significa regulación igual al enunciado. La X significa que no se regula.

Garantías generales de víctimas y ofendidos		CPF	CPDF	CPC
1.	Se delimitan los ámbitos de la reparación del daño	✓	✓	✓
2.	Se establece la reparación del daño como pena pública.	✓	✓	✓
3.	Se incluye la asistencia y los tratamientos psiquiátricos y psicológicos a víctimas y ofendidos como materia de la reparación del daño por cualquier delito.	✓	✓	✓
4.	Se afectan a la reparación del daño todas las garantías que se exhiban. Con inclusión de las que se presenten para obtener la libertad provisional bajo caución. Sin excluir de tal condición a las compañías afianzadoras.	✓	✓	✓

³¹⁷ Información dada a conocer a la prensa, publicada en el Periódico *Palabra*, Sección *Saltillo: Seguridad*, Saltillo, Coahuila, México, 4 de enero de 2002, p. 8B.

³¹⁸ Información del Gobierno del Estado de Coahuila proporcionada al Consejo Nacional de Seguridad Pública en México, DF., publicada en el Periódico *Palabra*, Sección *Saltillo*, Saltillo, Coahuila, México, 27 de octubre de 2002, p.2B.

5.	Se condiciona el disfrute de cualquier beneficio procesal o penal a la garantía de la reparación del daño o a su cumplimiento efectivo. * En Coahuila la condena condicional y los sustitutivos también se conceden cuando se acredite la insolvencia.	✓	✓	✓*
6.	Se distingue conceptualmente entre quienes son ofendidos y víctimas.	X	X	✓
7.	Se conceptúa al daño moral, estableciéndose su autonomía frente al daño material y dándose parámetros para fijar su monto.	X	X	✓
8.	Se fijan presunciones legales de la existencia del daño material y moral en todos los delitos contra la vida, la salud, la libertad y el honor de las personas. Siempre procederá la condena a la reparación del daño, a menos que se pruebe que el daño no existió.	X	X	✓
9.	Se fijan los conceptos específicos por los que se deberá reparar el daño, en correlación con los ámbitos que ella comprende.	X	X	✓
10.	En concepto de perjuicios o a falta de prueba de los mismos se fijan tasas de interés vinculadas al c.p.p. del dinero. Que mensualmente se sumarán al daño desde que se cause hasta que se pague: la idea es análoga a lo que en otros países se conoce como daños punitivos.	X	X	✓
11.	Se establece la posibilidad de una obligación "continua" de indemnizar, por gastos que se sigan originando con motivo del daño; aún después de su liquidación.	X	X	✓
12.	Se amplían las categorías de los terceros obligados a reparar el daño.	X	X	✓
13.	Se señala carácter "solidario" de la obligación de reparar para los terceros obligados, con inclusión del Estado por delitos que cometan servidores públicos. * En el CPF la obligación del Estado es "solidaria" en el delito doloso y "subsidiaria" en el delito culposo y para los terceros obligados a la reparación.	X*	✓	✓
14.	Se conceden apoyos de costas* por demandar la reparación del daño, en beneficio de abogados con título que asistan a víctimas o a ofendidos por el delito. *El cálculo de las costas se hace en porcentajes del monto a reparar. 10% antes del ejercicio de la acción penal. 15% antes de sentencia y con motivo de gestión en el proceso. Y 20% después de sentencia y con motivo de gestión en el proceso.	X	X	✓
15.	Se amplían las vías para la reparación: el fiscal siempre la debe pedir. Mas el ofendido puede constituirse en parte civil en el proceso; o intentar aquella en vía civil. Casos en los que la pretensión resarcitoria se desincorpora de la acción penal.	X	X	✓
16.	Se podrá condenar por cantidad líquida, ilíquida o en parte líquida y parte ilíquida. De tal suerte que la insuficiencia de prueba sobre el monto, no será motivo para absolver de la reparación. Esto es, se podrá determinar el monto a indemnizar en ejecución de sentencia, previo el incidente de liquidación correspondiente. * En el orden federal y del Distrito Federal, el juez deberá resolver sobre la reparación del daño, ya sea absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa y no dejar a salvo los derechos del ofendido ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior. El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, se sanciona con multa.	X*	X*	✓
17.	Se condiciona la admisibilidad de las pólizas de las compañías afianzadoras para garantizar la libertad caucional, a que aquellas renuncien al procedimiento de ejecución de la ley de fianzas.	X	X	✓
18.	Se faculta a los juzgadores para que tomen las medidas necesarias para hacer efectivas las garantías y la obligación de reparar.	X	X	✓
19.	Se forma un Fondo para la Reparación del Daño a favor de las Víctimas del Delito. *En el Distrito Federal el Fondo se integra con todas las multas y las cauciones que se hagan efectivas, mientras que en Coahuila se integra sólo con el importe de las multas y los pagos en función de la reparación que no se recojan en el sistema de faltas penales. **En Coahuila se dan las bases para el manejo del Fondo y el pago a víctimas y ofendidos, mientras que aquellas se omiten en el CPDF.	X	✓*	✓**

En su turno, durante la *Averiguación Previa*, el ofendido o víctima, por sí o por conducto de abogado (esto último sólo en Coahuila), según el caso, tienen los derechos y garantías siguientes:

Garantías de víctimas y ofendidos en la Averiguación	CFPP	CPPDF	CPPC
20. A que se les preste atención médica de urgencia cuando la requieran.	✓	✓	✓
21. A que se les reciban los testigos y demás medios de prueba que ofrezcan y sean conducentes a los fines de la averiguación previa.	✓	✓	✓
22. A tener acceso a las constancias de la averiguación previa. De las que podrán enterarse en presencia del agente del Ministerio Público que conozca de la investigación. Si lo piden, se les expedirá copia de todas las diligencias de la averiguación previa.	X	X	✓
23. A estar presentes en testimonios, confrontaciones, inspecciones y reconstrucciones. Así como en las declaraciones del inculpaado. A los testigos, peritos y al inculpaado, podrán formularles las preguntas que sean conducentes al caso.	X	X	✓
24. A recibir asesoría jurídica del Ministerio Público.	X	X	✓
25. A recurrir en vía jurisdiccional las determinaciones de inejercicio de la acción penal. * Hay recurso, pero se resuelve por las mismas Procuradurías.	X*	X*	✓
26. A combatir en vía jurisdiccional por equipararse a determinar el no-ejercicio de la acción penal cuando: a) Se omita ejercitar la acción penal si ya se reúnen las condiciones para ello. b) Se omite desahogar, en averiguación previa, medios de prueba claramente conducentes al ejercicio de la acción. c) Se archive provisionalmente la averiguación cuando se puedan desahogar medios de prueba conducentes para preparar la acción penal. d) Se ejercite la acción penal por uno o más delitos, pero se omita ejercitarla por otros. Y e) En el ejercicio de la acción se omita ejercitarla por modalidades agravantes.	X	X	✓

Durante el Proceso los ofendidos o víctimas, por sí o por conducto de abogado, según el caso, tienen derecho:

Garantías de víctimas y ofendidos durante el proceso	CFPP	CPPDF	CPPC
27. A que el Ministerio Público les dé asesoría jurídica. El juzgador les informará del desarrollo del proceso cuándo lo pidan.	✓	✓	✓
28. A que se les notifique toda resolución que se pronuncie con relación directa a la reparación del daño y a impugnarlas a través del recurso idóneo.	✓	✓	✓
29. A que si lo desean, puedan por sí mismos rendir pruebas sobre el monto de la reparación y sobre la situación económica del acusado; formular alegatos e impugnar las resoluciones sobre esta materia.	✓	✓	✓
30. A que impugnen el auto que sobresea el proceso por desistimiento de la acción penal.	✓	✓	✓
31. A reclamar la reparación del daño a terceros obligados en Incidente Especial. * La regulación es más completa en el CPPC que en el CFPP y el CPPDF	✓	✓	✓*
32. A saber los «modos» (que especifica la ley) para hacer efectiva la condena a la reparación del daño.	✓	✓	✓
33. A que al iniciar proceso de oficio el juez ordene que se les notifique personalmente de ello.	X	X	✓
34. A que se constituyan en parte civil desde que el Ministerio Público ejercite la acción penal, hasta antes de que concluya la fase probatoria.	X	X	✓
35. A que Ministerio Público siempre solicite la reparación del daño.	X	X	✓
36. A que por ministerio de ley, en todo pedimento que inicia la acción penal se entienda implícita la petición de condenar al inculcado a reparar el daño, aun si no se solicita en forma expresa.	X	X	✓
37. A que el Ministerio Público también pida la reparación del daño al tercero obligado.	X	X	✓
38. A ofrecer al juez, por sí o por conducto de su abogado, todos los medios de prueba conducentes a acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad penal del inculcado.	X	X	✓
39. A que el juez les dé intervención igual que el Ministerio Público, en la recepción de las pruebas.	X	X	✓
40. A que si se prueba el daño pero no su monto, se pueda condenar al inculcado por cantidad ilíquida. La liquidación se reserva a un incidente en ejecución de sentencia.	X	X	✓
41. A que se condicione la procedencia de todos los substitutivos a la reparación del daño o a su garantía, salvo que el sentenciado o su defensor acrediten la imposibilidad del sentenciado de reparar el daño.	X	X	✓

Saltan a la vista las diferencias entre la legislación penal federal, del Distrito Federal y la de Coahuila respecto a la regulación de la reparación del daño y los derechos de víctimas y ofendidos. Ellas hablan por sí mismas. Y también hablan del apego que puedan tener esos órdenes legales a las garantías constitucionales de víctimas y ofendidos y al espíritu del estado de derecho.

— IV —

El principio de reserva y la prevención general

Con todos los límites a que se ha hecho alusión y que se derivan del principio de intervención mínima que limite el poder punitivo del Estado —al menos en un estado de derecho— sí se puede reconocer ahora que uno de los fines de las disposiciones penales pueda ser la prevención general. Pero las cuales se limitan por los cercos que desprenden de una la política criminal orientada a un estado de derecho y los principios que conforman a un Derecho Penal reductor y democrático que oponga esos límites en la conformación, entendimiento y aplicación de aquellas; con lo cual se evita caer en las ilegitimidades esenciales de lo que se pretende prevenir. Y porque de acuerdo con el fin y los límites de la pena que se derivan de un Derecho Penal democrático, se reducan los riesgos de la tendencia de la prevención general a convertirse en autoritaria. Así la prevención general para fundar la potestad penal se atempera con la restricción de esa finalidad: la protección de bienes jurídicos contra las formas conductuales más graves que los lesionen acotadas en normas penales prohibitivas que se ajusten formal y sustancialmente a los límites que imponen los ideales de un estado de derecho. Y, además, donde en la legislación que regula el sistema penal operen los principios de intervención mínima o de reserva, dentro de los cuales están las vías o medidas penales alternas al cumplir esas tareas.

Por último, hay que tener en cuenta que las razones para las conminaciones penales representan tan sólo la primera de las cuatro etapas de las que se ocupa el Derecho Penal. Éstas en conjunto y sólo unidas agotan el sentido y la misión del Derecho Penal. Si se tiene presente todo ello, habrá que reconocer como válido que las «conminaciones penales» se explican por la necesidad de que se haga justicia y se promueva la confianza en el Derecho de manera preventivo-general, pero siempre reservada a las formas más graves de conductas delimitadas en un ámbito cerrado de prohibición en que se dé la lesión de los bienes jurídicos que sean esenciales a las personas y para su desarrollo en la comunidad; y, además, la sanción sea la estrictamente necesaria y racional y cuyo fin estribe en la incorporación social del responsable; y siempre y cuando todo ello se haga dentro de los lindes de un estado de derecho.

Pero aquellos son apenas los primeros «límites sustanciales» que se derivan de la carta fundamental en la aspiración de un estado de derecho o democrático con relación a la potestad punitiva del Estado para conformar las conminaciones penales en la ley. Resta todavía la fundamentación de los otros tres momentos en que se manifiesta el poder punitivo del Estado: la concepción y estructura jurídica del delito —formal y sustancial—, la aplicación de la pena y su ejecución. Me ocupo de los dos últimos en los dos capítulos finales. Primero es pertinente examinar los límites formales que se derivan de la garantía de legalidad en los delitos y las penas; así como el complejo problema de la sujeción del concepto jurídico del delito y de los presupuestos de la pena al ideal de un estado de derecho. Esto es, conforme a los límites formales y sustanciales que se derivan de nuestra Constitución. Ello ya no atañe a los fundamentos del ius puniendi para limitar el poder del Estado de conminar penalmente a las personas —Derecho Penal "subjetivo"—. Sino al conjunto de las normas penales ya creadas por el Estado entendidas de acuerdo a los límites que surgen de la C. con orientación al ideal del estado de derecho —Derecho Penal "objetivo"—. El que, por un lado, conlleva a ver su fuente y los límites que se imponen al poder penal con base en una C. que aspira a un estado de derecho, como lo es la mexicana. Y, por el otro, estudiar la conformación de la concepción jurídica del delito a través de la dogmática penal ajustada a los ideales del estado democrático. Empiezo pues con la ley penal. Y después continuaré con el delito.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

